

كتاب المعاملات

في

الشرعية الإسلامية . والقوانين المصرية

تأليف

أحمد أبو الفتح

مدرس الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية

الجزء الاول

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

الطبعة الاولى

في سنة ١٣٣٢ هـ - ١٩١٣ م

مطبعة البوسفور بشارع عبد العزيز بمصر

كتاب المعاملات في الشرعية الإسلامية . والقوانين المفصلة

تأليف

إسماعيل أبو الفتح

مدرس الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية

الجزء الأول

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

الطبعة الأولى

في سنة ١٣٣٢ هـ - ١٩١٣ م

مطبعة البوسقور بشارع عبد العزيز بمصر

فهرست الجزء الاول

لمباحث الشرعية من كتاب المعاملات

صفحة	صفحة
٢٧ تعريف المال — أنواع الأموال	٣ خطبة الكتاب
٢٧ تقسيم المال الى متقوم وغير متقوم	٨ تعريف الشريعة
٢٨ « « التقسيم الى عقار ومنقول	٩ تاريخ الشرائع
٢٩ تقسيم المنقول الى مثلي وقيمي	١٠ الأحكام الشرعية والمصادر
٣٠ الحقوق المتعلقة بالأموال	المأخوذة منها
٣٠ حق ملك الشيء ذاتا ومنفعة	١١ استنباط الأحكام الشرعية من
٣١ الأراضى المصرية الملكية	مصادرها
٣٣	١٢ الامام الأعظم أبى حنيفة النعمان
٣٤ ملك المنفعة وحق الانتفاع	رضى الله عنه
٣٨ حق السكنى	١٣ الامام مالك رضى الله عنه
٤٠ ما يجوز لصاحب المنفعة من	١٤ « الشافعى « « «
التصرف وما يجب عليه من الضمان	١٥ « أحمد بن حنبل رضى الله عنه
٤١ انتهاء حق الانتفاع	١٥ أصحاب الامام الأعظم
٤٢ حقوق الارتفاق	١٦ كيفية الاستنباط
٤٣ حق الشرب — أقسام المياه	١٧ طرق وضع القواعد الأصولية
٤٥ التصرف فى حق الشرب	١٨ مثل من القواعد الأصولية
٤٦ حق المرور والجري والمسيل	٢٣ أسباب اختلاف المجتهدين فى
٤٨ حق التعلئ	الأحكام
٥٠ حقوق المعاملات الجوارية	٢٤ أقسام الشريعة الغراء
٥٢ حكم التصرف فى الحائض المشترك	٢٥ قسم المعاملات
٥٣ كتاب أسباب الملك	٢٦ مباحث قسم المعاملات — كتاب
	الأموال

(ب)

صفحة	صفحة
٨٧ حكم الزيادة في الأرض المشفوعة	٥٤ العقود التي تفيد الملك
٨٩ حكم النقص في الأرض المشفوعة	٥٤ (١) البيع — (٢) الهبة
٩١ استحقاق العقار المشفوع	٥٩ (٣) الوصية
٩٢ حكم تجزئة الشفعة	٦٢ غير العقود التي تفيد الملك
٩٤ ماتسقط به الشفعة	٦٢ (١) الميراث
٩٧ (٣) وضع اليد على الأموال	٦٣ (٢) كتاب الشفعة
المباحة	٦٣ تعريف الشفعة أصل مشروعيتهما
٩٧ الأرض المباحة	٦٤ حكمة مشروعيتهما
٩٩ الحيوانات المباحة	٦٥ سبب الأخذ بالشفعة
١٠١ النباتات . والمياه . والنار . المباحة	٦٨ ترتيب الشفعاء (ويندرج فيه تقسيم
١٠٢ الركاز	الأرض المشفوعة)
١٠٤ عدم سماع الدعوى بمرور الزمان	٧١ ماتثبت فيه الشفعة ومالاتثبت
على واضع اليد على ملك الغير	٧٥ طلبات الشفعة
والوقف	٧٥ طلب الموائبة
١٠٦ ابتداء مدة وضع اليد	٧٦ طلب التقرير والاشهاد
١٠٧ انقطاع المدة	٧٧ طلب الخصومة والتملك
١٠٧ حكم وضع اليد على العقار والمنقول	٨٠ حكم الشفعة
والديون والمنافع العامة	٨٢ ثمن الشفعة
١١٠ نزع الملك جبراً عن صاحبه	٨٣ الثمن في بيع المقايضة
١١٥ (المداينات)	٨٤ اذا كان الثمن خراً أو خنزيراً
١١٥ تعريف الدين	٨٤ اذا حط البائع ببعض الثمن
١١٧ أنواع الدين	٨٥ اذا زاد المشتري على الثمن شيئاً
١٢٥ وفاء الدين	٨٥ اذا اختلف الشفيع والمشتري في
١٢٨ محل وفاء الدين	الثمن
١٣٠ (المقاصة)	٨٦ تصرفات المشتري في الأرض
١٣١ أنواعها وشروطها	المشفوعة

(ج)

صفحة	صفحة
١٥٢ عقود وتصرفات المدين	١٣٣ (الابراء) — أقسامه
١٥٦ أهلية العاقد لغيره	١٣٤ شروطه
١٥٦ تصرفات الاولياء والأوصياء	١٣٤ تعليقه على الشرط واقرانه به
١٥٦ تصرفات الأب	١٣٥ تجديد الدين
١٥٨ تصرفات وصى الأب	١٣٦ فسخ العقد المترتب عليه الالتزام
١٦٠ تصرفات الجد	١٣٧ حكم مرور الزمان
١٦٠ تصرفات وصى الجد	١٣٧ (كتاب العقود والتصرفات على العموم)
١٦٠ تصرفات القاضي ووصيه	١٣٨ تعريف العقد
١٦١ ابتداء الولاية على الأموال	١٣٩ أركان العقد
١٦١ من له حق الاذن بالالتجار	١٤٠ التصرف
١٦٢ ما يبطل به الاذن بالتجارة	١٤١ شرائط العقد
١٦٢ انتهاء الولاية والوصاية	١٤١ الكلام على شروط العقود على العموم
١٦٣ محاسبة الأولياء والأوصياء	١٤١ (١) أهلية العاقدین
١٧٠ تصرفات الوكيل	١٤٢ تقسيم الناس بالنسبة لأهليتهم
١٧٢ » الفضولي	١٤٢ (أهلية العاقد بنفسه لنفسه)
١٧٣ (رضا العاقدین وما يعدم الرضا)	١٤٢ تام الأهلية
١٧٤ الاكراه وأنواعه	١٤٣ فاقد الأهلية — ناقص الأهلية
١٧٤ ما يتحقق به الاكراه	١٤٣ معني الحجز وسببه
١٧٥ حكم الاكراه في العقود والتصرفات	١٤٤ عقود وتصرفات الصبي المميز
١٧٥ العقود والتصرفات التي يفسدها الاكراه	١٤٦ » » المعتوه
١٧٧ العقود والتصرفات التي لا يفسدها الاكراه	١٤٦ » » ذي النعلة
١٨٠ (الغبين الفاحش)	١٤٧ » » السفیه
١٨٠ تعريفه وأقسامه	١٤٩ ابتداء الحجز على السفیه وانهاؤه
	١٥٠ حكم عقود وتصرفات السفیه بعد الحجز عليه

صفحة	صفحة
١٨١ حكم النبن في العقود والتصرفات	١٩٤ (٣) أقسام العقود والتصرفات
١٨٣ الغلط الواقع في العقود	باعتبار صيغتها
١٨٥ بقية شروط العقود على العموم	١٩٥ (١) العقود والتصرفات المنجزة
١٨٥ (٢) محل العقد	١٩٥ (ب) العقود والتصرفات المعلقة
١٨٦ (٣) فائدة العقد	على الشرط
١٨٦ (٤) قصد شرعية العقد	١٩٨ (ج) العقود والتصرفات المقترنة
١٨٧ أقسام العقود والتصرفات	بالشرط
١٨٧ (١) أقسام العقود والتصرفات	٢٠٠ (د) العقود والتصرفات المضافة
باعتبار نوعها	الى الزمن المستقبل
١٨٨ (٢) أقسام العقود والتصرفات	٢١٢ (أنواع الخيارات)
باعتبار وصفها	٢١٤ (خيار الشرط)
١٨٩ (بيان العقود والتصرفات الصحيحة	٢١٤ سبب مشروعية خيار الشرط
وأحكامها)	٢١٥ ما يصح فيه خيار الشرط
١٨٩ (١) العقود والتصرفات الموقوفة	٢١٦ مدة الخيار
وحكمها	٢١٨ حكم محل العقد في مدة الخيار
١٩٠ (ب) حكم العقود والتصرفات	٢١٨ اجازة العقود والتصرفات التي
النافذة غير اللازمة	فيها الخيار أو فسخها
١٩٠ (ج) حكم العقود والتصرفات	٢١٩ ما يسقط به الخيار
اللازمة من الجانبين	٢٢٠ (خيار الرؤية)
١٩١ (بيان العقود والتصرفات غير	٢٢٠ من يثبت له الخيار
الصحيحة وحكمها)	٢٢٠ ما يثبت فيه خيار الرؤية وما لا يثبت
١٩١ (١) العقود والتصرفات الباطلة	٢٢١ مدة الخيار
وحكمها	٢٢١ ما يسقط به الخيار
١٩٣ (ب) العقود والتصرفات الفاسدة	٢٢٢ (خيار العيب)
وحكمها	٢٢٢ تعريف العيب
	٢٢٣ من يثبت له خيار العيب وما يثبت فيه
	٢٢٤ ما يسقط به الخيار

﴿ فهرست المباحث القانونية ﴾

فهرست الجزء الاول

المباحث القانونية من كتاب المعاملات

صفحة	صفحة
٧٠ الترتيب القانوني للشفعاء	٢٧ تعريف المال قانونا
٧٠ التقسيم القانوني للشفعة على الشفعاء	٢٩ « العقار والمنقول قانونا
٧١ إسقاط البعض حقه قبل الحكم وبعده قانونا	٣٠ (تقسيم المنقول الى مثلى وقيمي)
٧٣ عدم ثبوت الشفعة في أنواع من البيع قانونا	٣٦ الأموال الموقوفة وغيرها
٨٠ الطلبات والاجراءات القانونية للشفعة	٤٢ حق الانتفاع
٨١ اعتبار القانون الأهلى ثبوت الملكية للشفيع من وقت البيع	٤٧ حقوق الارتفاق
٨٣ عدم انتفاع الشفيع بتأجيل الثمن المشترى	٥٠ بيان حقوق كل من صاحب العلو والسفل قانونا
٨٦ عدم مخالفة قانون الشفعة لهذه الأحكام	٥٢ حقوق المعاملات الجوارية
٨٧ و٨٦ تصرفات المشتري في الأرض المشفوعة	٥٤ أسباب الملك والحقوق العينية
٨٩ حكم الزيادة في الأرض المشفوعة قانونا	٥٨ عقد الهبة قانونا
٩١ حكم نقص شيء من الأرض المشفوعة	٦١ عقد الوصية
٩٣ تجزئة الأرض المشفوعة	٦٢ الميراث
٩٧ الذي تسقط به الشفعة قانونا	٦٥ (الشفعة)
	٦٥ الشفعة فيما بيع من الأصول لفروعه الخ
	٦٧ الشفعة في المقارات المبنية أو المعدة للبناء
	٦٧ اختلاف رجال القانون في ثبوت الشفعة عند وجود فاصل بين الجارين لا يصلح أن يكون ممرا

(ب)

صفحة	صفحة
أهلية العاقلين ١٥٣	٩٨ الأرض الموات . أو المباحة
١٦٣ الولاية والوصاية على الاموال	٩٩ الحيوانات المباحة
١٦٤ (١) الأولياء الشرعيون	١٠١ حكم الصيد قانوناً
١٦٤ (ب) « الحسينيون	١٠٣ الجارى عليه العمل في اللقطة
١٦٥ تأليف المجالس الحسينية	١٠٨ المدة الطويلة
١٦٥ اختصاصات المجالس الحسينية	١١٢ نزع الملك جبراً عن صاحبه
١٦٦ واجبات من يثبت الوفاة لمورث	١١٣ شروط نزع الملك . ومن له الحق
محجور عليه .	فيه . وما يترتب عليه .
١٦٦ تعيين الأوصياء والقوَّام وعزَّهم	١١٦ المداينات
١٦٧ حقوق وواجبات الأوصياء	١١٦ أسباب الديون
والقوَّام والوكلاء	١٢١ أنواع الديون وأحكامها
١٦٨ انتهاء ولاية الأوصياء والقوَّام	١٢٩ انقضاء التعميدات والالتزامات
والوكلاء	الترتب عليها الدين
١٦٨ تأليف المجلس الحسيني العالي	١٢٩ الوفاء
١٦٨ اختصاصه	١٢٩ المؤدَّى
١٦٩ حقوقه وواجباته	١٣٠ المؤدَّى اليه
١٦٩ اجراءاته	١٣٠ مكان الأداء وزمانه
١٧٠ (ج) الأولياء القضاةيون	١٣٠ مصاريف الأداء . ومن له حق
١٧٢ تصرف الوكيل والقضولى	تعيين المؤدَّى
١٧٩ الرضا . والاكره في التصرفات	١٣١ المقاصة
١٨٢ الغبن الفاحش	١٣٢ اتحاد الذمة
١٨٤ حكم الغلط الواقع في العقود	١٣٥ الابراء من الدين
١٨٦ محل العقد	١٣٥ تجديد الدين
١٨٧ فائدة العقود وكوف الفائدة	١٣٦ فسخ العقد المترتب عليه الالتزام
مقصودة للعقلاء	١٣٨ التمهيد أو الالتزام
٢٠١ أقسام العقود والتصرفات	١٣٩ معنى العقد
٢٠٢ (١) الأقسام المصرح بها قانوناً	١٤٠ أركان العقد

(ج)

صفحة	صفحة
٢١١ (ب) أقسام التعهدات التي زادها الشرح	٢٠٢ (١) التعهدات التخيرية
٢١١ (١) التعهدات المتبادلة والتي من طرف واحد	٢٠٤ (٢) » البديلية
٢١١ (٢) التعهدات المحققة والاحتمالية	٢٠٥ (٣) » الأجلية
٢١١ (٣) » الأصلية والتابعة	٢٠٦ (٤) » الشرطية
٢١٢ (٤) » المعينة وغير المعينة	٢٠٩ (٥) » التضامنية
٢٢٤ الكلام على الخيارات	٢١٠ (٦) التعهدات المنقسمة وغير المنقسمة

كِتَابُ

المعاملات

في

الشريعة الإسلامية • والقوانين المصرية

تأليف

إبراهيم الفتيح

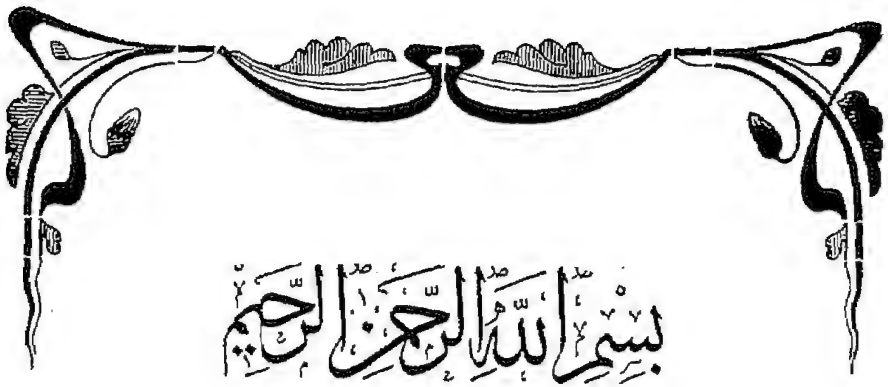
مدرس الشريعة الإسلامية بمدرسة الحقوق الخديوية



جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

الطبعة الأولى في محرم الحرام سنة ١٣٣٢ — ديسمبر سنة ١٩١٣

مطبعة البوسفور بشارع عبدالعزيز بمصر



اللهم انا نحمدك حمد الذين وفقهم الى التفقه في الدين ونصلي ونسلم
على سيدنا محمد النبي الأمين وعلى سائر الأنبياء والمرسلين ومن تبعهم
باحسان الى يوم الدين ونستمد من فيض فضلك وعظيم معونتك ما يقوى
عزائمنا على عمل كتاب في المعاملات الشرعية على المذهب الحنفى يعيد
الرغبة في تفهم أحكامها بعد أن مضى على الرغبة عنها حين من الدهر
سيما بعد وضع القانون المدنى الأهلى والعمل به بمقتضى الأمر العالى
الصادر فى ٢٦ ذى الحجة سنة ١٣٠٠ (٢٨ اكتوبر سنة ١٨٨٣) وتخصيص
المحاكم الشرعية بالنظر فى قضايا الأحوال الشخصية. اذ المهود فى جميع
الأزمنة والأمكنة أن العلم الذى لا يكون العمل جارياً على مقتضاه فى
جهة من الجهات تنصرف عنه الأفكار. ولا يكون الاقبال عليه ممن
يضطرون الى ذلك لأداء امتحان مثلاً الا يحصلوا منه على أقل ما يوصل
الى النجاح ولا يلبث بعد ذلك الا مقدار ما يلبث النقش على الماء والرسم

على صفحات الهواء ولولا المحافظون عليه من السادة الأعلام وشرح القوانين المدنية الذين يرجعون الى كتب الفقه خفيف على هذا القسم العظيم . فرغبنا في تعميم تعليمه وتعلمه حتى يكون له من عناية الأمة المصرية ما القسم الأحوال الشخصية منها حتى لا تتطرق اليه عوامل الاضمحلال والفناء لأن الله جل شأنه لا ينتزع العلم من الصدور انتزاعاً وانما ينتزعه بموت أهله

ولقد أجاننا النظر وسرحننا الفكر في جميع الوسائل التي تؤدي الى هذه الناية الشريفة فبعد استطلاع آراء أعظم العلماء وأكابر المفكرين وبعد الوقوف على رغبات كثير من طلبة العلوم الشرعية والقانونية وجدنا شبه اجماع على أن أفضل الوسائل وأسهل الطرق التي توصل الى نيل تلك الأمنية عمل كتاب في هذا القسم يجمع بين سهولة التعبير ووضوح المعنى وحسن الترتيب وبين ارداف الأحكام الشرعية للمسائل الكثيرة الحصول بنظائرها من أحكام اللوائح والقوانين الجارية عليها العمل في القطر المصري السعيد ليجتمع لمن يطالع عليه فائدة سهلة فهم الأحكام الشرعية مع فائدة الامام بشيء من الأحكام الأهلية ليأخذ كل منه ما يريد

نعم ان الرأي صواب والرغبات شريفة وشبه الاجماع حجة يجب اتباعها ولكن يا للأسف دون ذلك أهوال . فان عملاً كهذا تنوء بحمله العصبية أو لو القوة لا يستطيع مثلنا أن يقوم به خير القيام لعدم اطلاعنا على أسرار القوانين واللوائح اطلاعاً يمكننا من ذلك . فلهذا تجاذبنا عاملاً الرغبة في المنفعة العامة فنقدم رجلاً نحو العمل . والرهبة من عدم القدرة

على القيام به كما ينبغي فتؤخر أخرى وما زال هذا التجاذب متساوي القوة حتى قام الكثير من الأدلة على أن لنا من الشفاعات ما يتلاشى أمامه كل خطأ أو تقصير مهما كان جسيماً فن هذه الشفاعات الابتكار وعدم اتساع الوقت لمراجعة القوانين واللوائح الجاري عليهما العمل الآن وأهم شفعائنا حسن القصد وإرادة النفع العام والخير المحض والسعادة الدائمة لبني الإنسان فتغلبت حينئذ الرغبة على الرهبة وتوجهت العزائم الى وضع هذا الكتاب توجه من ينبغي من عمله الثواب من الله وحسن الظن من الناس والأمل في جانب الله وطيد أن يوفق من هم أقدر منا على هذا العمل الى القيام بتلك الخدمة الشريفة فيصلحوا بعظيم مؤلفاتهم من الخطأ ما لم تقصده ويذكروا من المباحث الهامة ما لم نذكره ويوضحوا من حكم الأحكام وأسرار القوانين ما لم تصل اليه عقولنا وما وقفت دون الوصول اليه أبحاثنا انه أكرم مسئول

ولقد رأينا بعد الاطلاع على كثير من الكتب القانونية واللوائح الادارية المعمول بها الآن أن نجعل عمدتنا في تدوين الأحكام القانونية على شرح القانون المدني لسعادة نابغة المشرعين أحمد باشا فتحي زغلول مع الرجوع عند الاقتضاء الى غيره من اللوائح والقوانين وليلاحظ القارئ أنه اذا أطلق لفظ شرح القانون أو شارح القانون بدون تقييد فالمراد به الشرح المذكور ومؤلفه

وسوف نذكر أهم المراجع الشرعية والقانونية في جدول خاص بها في نهاية الكتاب

ولما كانت المعاملات الشرعية من المقررات الدراسية لطلبة الحقوق رأينا اتماماً للفائدة أن يوضع هذا الكتاب على نمط يوافق مناهج التعليم التي يدرسون على مقتضاها لأنهم أحوج من غيرهم الى كتاب كهذا ولهذا السبب رأينا أن يكون من الاختصار بحيث يمكن دراسته في الأوقات التي خصصت لدراسة هذا العلم فلم نذكر في مسائل الخلاف الشرعية الا الرأي المعتمد أو الذي عليه الفتوى أو ما أشبه ذلك اللهم الا ما تمس الحاجة الى ذكره من آراء الأئمة الاخرين لكونه أنسب لعادات الزمان والمكان أو موافقاً لأحكام اللوائح والقوانين

ونظراً لكون هؤلاء الطلبة لا يعلمون قبل التحاقهم بمدارس الحقوق شيئاً يذكر من أحكام المعاملات الشرعية ولا يعرفون المصادر التي أخذت منها ولا سبب اختلاف الأئمة في الأحكام ولا نحو ذلك مما يجب أن يكون طالب العلوم الشرعية على بينة منه رأينا أن نبتدىء التأليف بنبد وجيزة في معنى الشريعة والمصادر التي أخذت منها الأحكام وكيف أخذت وأشهر الأئمة المجتهدين وأسباب الاختلاف في المسائل وغير ذلك مما يكون ذكره على قلته مدعاة الى توجيهه الازدهان الى الاسترسال في معرفة الكثير من أحكام أصول الفقه لأنه لا غنى لطالب العلوم الفقهية عن معرفة هذا العلم حتى يكون على بينة مما هو لموضوع دروسه بمنزلة الأساس للبناء بل الأصل للفرع راجين من الكريم المنان أن يبعدنا عن مواطن الزلل وأن يلهمنا الصواب في القول والعمل وأن يعزم النفع به في ظل من يسير بأمرته في سبيل الارتقاء العلمى والعملى الى غاية يقصر دون الوصول اليها عظماء المشرقين والمغربين مليك مصر

وعزیزها المحبوب - عباس باشا حلبي الثاني -
خلد الله ملكه وأيده بروح منه ليتم مقاصده الشريفة من اسعاد البلاد
والعباد بمؤازرة وزرائه الفخام ورجال حكومته الكرام وأدامه قرير
العين منشرح الصدر بحفظ الآل والأأنجال انه أكرم مسئول



تعريف الشريعة

للشريعة ثلاث معانٍ : معنى في اللغة . ومعنى في الشرع . ومعنى في

اصطلاح علماء القانون

فمعناها لغة مَشْرَعَةُ الماء أى المكان الذى ينحدر منه للشرب وتطلق أيضا على ما أنزله الله من الدين ومثلها في ذلك الشَّرْعَةُ وَالشَّرْعُ قال الله تعالى « ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ » وقال جل وعلا « لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمِنْهَا جَا » وهى بهذا المعنى مأخوذة من شَرَعَ الدين يَشْرَعُهُ شَرْعًا إذا سنَّه وأظهره كما في قوله تعالى « شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا » وقوله « شَرَعُوا لَهُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ »

ومعناها شرعا ما أنزل الله لعباده من الأحكام على لسان رسله الكرام ليخرج الناس من الظلمات الى النور باذن ربهم . ويهديهم الى صراط العزيز الحميد . فيجتنبوا من رياض الراحة والطمأنينة تَمَارًا يَانِعَةً ويستقوا من ينابيع السعادة والهناء شرابًا سَائِغًا للشاربين

وأما معناها اصطلاحاً فيختلف باختلاف مراد العلماء بها ويمكن تعريفها على وجه العموم أى لا بقيد كونها إلهية أو وضعية بأنها « مجموع قواعد وأحكام أمر الناس باتباعها لحفظ نظام الاجتماع الانساني »

تاريخ الشرائع

اتفقت كلمة العلماء من شرعيين وغيرهم على أن تاريخ الشرائع مقارن لتاريخ العمران في هذا الوجود ومستند الشرعيين في ذلك ثبوت رسالة سيدنا آدم أبي البشر عليه السلام ولا رسالة إلا بشريعة تبين الحقوق والواجبات لذراريه واتفق الشرعيين وغيرهم على أنه لا عمران إلا باجتماع ولا اجتماع إلا باتفاق على كيفية نيل المعاش واقتسام الأرزاق ولا اتفاق إلا بقواعد تُحدّد حقوق كل فرد وواجباته ولا توجد هذه القواعد ولا تدوم إلا بوجود سلطة تقررها وتحافظ عليها. وأول جمعية بشرية هي الأسرة المكوّنة من الأب والأم والأولاد وهي على صغرها لا يمكن حفظ نظامها لولا وجود الأب رئيساً لها يشرع لها قواعد الاجتماع وينفذها بسلطته .

والشرائع في الشرق أقدم منها في الغرب لأن الأمم الشرقية أقدم من الأمم الغربية ولأن الشرق مهبط الوحي الإلهي . وقد قرر العلماء أن مصدر الشرائع هو التنزيل ورتبوا على ذلك أن ابتناها من هذا المصدر كان سبباً قوياً لدوامها وترقيتها فهي والدّين حينئذ توّءمان ولداً معاً بل كانا جسماً واحداً لأن كل شريعة كانت في مبدأ أمرها دينية مدنية فالواجبات التي فرضت فيها على الإنسان نحو معبوده هي القسم الديني والتي فرضت فيها عليه نحو بني جنسه هي القسم المدني ولم ينفصل هذان القسمان عند بعض الأمم ويتخذ كل منهما هيئة مستقلة إلا فيما بعد

الأحكام الشريعة

والمصادر المأخوذة منها

الأحكام الشرعية تنقسم الى قسمين : أحكام تكليفية وأحكام
وضعية. فالتكليفية هي التي كلف الله بها عباده وهي عند علماء الحنفية
سبعة : الوجوب ، والفرضية ، والندب ، والتحريم ، والكراهة التحريمية
والكراهة التنزيهية ، والتخيير - وعند غيرهم خمسة وهي : الوجوب ،
والندب ، والتحريم ، والكراهة ، والتخيير

والوضعية هي جعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً ، وكونه صحيحاً
أو فاسداً أو باطلاً ، أو عزيمة أو رخصة ، وسيأتي بيان بعض الأحكام في
الكلام على العقود ، ومن يريد التوسع في معرفتها فليراجع كتب أصول الفقه
والمصادر المأخوذة منها تلك الأحكام أربعة وهي : الكتاب ،
والسنة ، والاجماع ، والقياس ، وزاد الحنفية الاستحسان ويندكرونها كثيراً
في مقابلة القياس

فالكتاب هو القرآن الكريم وهو أصل الأصول والمرجع الأول
لمن يريد استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة

والسنة أي الأحاديث النبوية - هي كل ما روى عن النبي صلى الله
عليه وسلم قولاً أو فعلاً أو تقريراً وهي المرجع الثاني بعد كتاب الله
والاجماع هو اتفاق الفقهاء في أي زمان على أمر - وهو ثالث الأصول
التي يرجع إليها المجتهد إذا لم يجد في كتاب الله وسنة رسوله دليلاً على
حكم شرعي .

والقياس هو الحاق حكم ليس له نص صريح في أحد الأصول الثلاثة السابقة بحكم له نص في أحدها لا اشتراكهما في علة الحكم . فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذ بن جبل الى اليمن قال له « بِمِ تَقْضِي قَالَ بِكِتَابِ اللَّهِ قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ قَالَ فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ قَالَ أَجْتَهُدُ رَأْيِي » فأقره النبي على ذلك . وقال عمر بن الخطاب في عهده لأبي موسى الأشعري حين ولّاه القضاء « القضاء فريضة محكمة أو سنة متبعة » ثم قال - الفهم الفهم فيما تلجأ في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة فاعرف الأشباه والأمثال وقس الأمر عند ذلك واعمد إلى أقربها إلى الله وأشبهها بالحق » والاستحسان مبنى على قاعدة أن كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً بمعناه من أدلته فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به . وقد قالوا ان الاستحسان قياس خفيت فيه العلامة بين المقيس والمقيس عليه من الأحكام . وبهذا الاعتبار تكون المآخذ أربعة فقط

استنباط الأحكام الشرعية

من مصادرها

أول من استنبط الأحكام الشرعية من مصادرها على أصح الأقوال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كان يفتى الناس بما يؤدبه اليه اجتهاده في فهم الكتاب الكريم ان لم يكن في التنزيل نص لحكم الحادثة التي

أقوى فيها. وقد سار على نهجه في الاستنباط كثير من الصحابة والتابعين وغيرهم من علماء المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها بطريق الاجتهاد والنظر الصحيح. وقد بلغ عدد المجتهدين من الصحابة نحو مائة وثلاثين مجتهداً من أشهرهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود وعائشة أم المؤمنين رضوان الله عليهم أجمعين. أما المجتهدون من التابعين وغيرهم فأكثر من أن يحصوا ولهذا وجدت مذاهب كثيرة في صدر الاسلام وما يليه ولكن أكثرها تلاشى بتلاشى متبعيه

وأشهر مابقى من المذاهب الى الآن متبعا بين أكثر الأئمة الاسلامية أربعة وهي : مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان . ومذهب الامام مالك . ومذهب الامام الشافعي . ومذهب الامام أحمد ابن حنبل رضى الله عنهم أجمعين

ولما كانت هذه المذاهب الاربعة أهم مصادر الخير والسعادة للعالم الاسلامي خصوصا وجميع الأئمة الأخرى التي ارتقت في مدارج التشريع وسن القوانين الى أرقى المراتب عموماً وجب أن نذكر نبذة من سيرة كل منهم قياماً بواجب حمدهم على جليل صنعهم

الامام الاعظم ابو حنيفة النعمان

هو الامام أبو حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي رضى الله عنه وقد اختلف في تاريخ ميلاده اختلافاً بيناً ما بين سنة احدى وستين ، وسنة ثمانين هجرية وهو أكبر الأئمة الأربعة سنّاً وأسبقهم اجتهاداً وأوسعهم

شهرة. أدرك أنس بن مالك الصحابي المحدث الشهير ونفع الله به العالم الإسلامي أكثر مما نفع غيره فقد اجتمع على اتباع ما قرره من الأحكام الشرعية ما يقرب من نصف المسلمين . كان لا يضع مسألة في العلم حتى يجمع أصحابه ويعقد عليها مجلساً فإذا اتفق أصحابه كلهم على موافقتها للشريعة قال لأحد أصحابه ضعها في الباب الفلاني . وكثيراً ما كان يصلي الفجر والعشاء بوضوء واحد ولم يسمع قط حالفاً أثناء حديثه وقد كان في أول أمره مشغولاً . بعلم الكلام ثم تفرغ للاشتغال بالفقه على أبي إسماعيل حماد بن أبي سليمان مدة ثمان عشرة سنة وهو شيخ وقور لم يرافقه ولا أروع منه في زمانه . وقد تلقى حماد الفقه عن علقمة والأُسود وهما تلقياه عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم أجمعين . وتوفي سنة مائة وخمسين هجرية

الامام مالك

هو الامام مالك بن أنس رضي الله عنه . ولد بهذا الامام بالمدينة سنة ثلاث أو أربع أو خمس وتسعين هجرية . وكان حسن الهيئة يكره الثياب الخلقة ويعد ذلك مثلاً . وكان لا يركب في المدينة مع ضعفه وكبر سنه احتراماً لبلد فيه جثة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وكانت وجوه بني هاشم تقبل يده احتراماً له . وقد بلغت درجة الأمانة على العلم عنده الى درجة لم تبلغها نفوس كثير من العلماء ومن ذلك انه جاءه رجل ليستفتيه في مسألة فقال له « لا أحسنها » فقال له وقد ضربت اليك الأرض من كذا وكذا لأسألك عن هذه المسألة وتقول لي لا أحسنها

ماذا أقول لأهلي. قال له قل لهم « سألت مالكا فقال لا أحسنها » ومن
 ما أثره الخالدات كتابه الموطأ الذي هو خير كتاب ظهر في عصره .
 ولما أتم جمعه عزم أبو جعفر المنصور على أن يحمل الناس عليه قراءة
 وحفظاً فقال له لا تفعل يا أمير المؤمنين فإن الناس قد سبقت اليهم
 أقاويل وسمعوا أحاديث ورووا روايات وأخذ كل قوم بما سبق لهم
 وعملوا به وقد أصبح ردهم عما اعتقدوه شديداً فدفع الناس وماهم عليه .
 توفي بالمدينة سنة مائة وتسع وسبعين هجرية ودفن بالبقيع

الامام الشافعي

هو الامام محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع ولد
 بالشام سنة مائة وخمسين للهجرة ثم استوطن مكة مدة من الزمن وصار
 يتردد بين الحجاز والعراق ثم أقام بالقاهرة حتى مات
 تاقى العلم عن كثير من أكابر العلماء منهم الامام مالك بن أنس
 ومسلم بن خالد وابن عبيّنة وعمه محمد بن شافع وغيرهم. وكان شديداً
 الذكاء قوى الحافظة ، حفظ الموطأ في ليل معدودات ودوّّن مذهبه
 الجديد في مصر وقد كثر مقلدوه فيها ثم انتشرت آراؤه بالعراق
 وخراسان والداغستان وما وراء النهر . وقال أحمد بن حنبل ما أحد
 يحمل عبء من أصحاب الحديث الا وللشافعي عليه منة . وقال ما عرفت
 ناسخ الحديث من منسوخه حتى جالسته . وقد دوّن كتاب الأم فجاء
 خير كتاب في اصول الشريعة الغراء وأحكامها وفروعها . توفي في
 خلافة المأمون سنة مائتين وأربع من الهجرة

الامام احمد بن حنبل

هو الامام أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل ولد ببغداد سنة
مائة وأربع وستين هجرية وروى العلم والحديث عن كثير من أكابر العلماء
والمحدثين منهم سفيان بن عيينة وإبراهيم بن سعد والشافعي وغيرهم .
كان حسن الخلق والخلق ربة القامة ولم يكن في آخر عصره له
مثل في العلم والورع . قال الشافعي : خرجت من بغداد وما خلفت فيها
أثق ولا أفقه من ابن حنبل . ومقلدوه قليلون لبعده مذهبهم عن الاجتهاد
واعتماده في جميع آرائه على معاضدة الروايات والأخبار بعضها لبعض
وكان كثيراً ما يتمثل بقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه اذا
مدحه مادم : « اللهم اجعلني خيراً مما يظنون واغفر لي ما لا يعلمون
ولا تؤاخذني بما يقولون » توفي رحمه الله ببغداد سنة مائتين وأحد
وأربعين ودفن بها

اصحاب الأئمة الأربعة

لكل من الأئمة الأربعة أصحاب تلقوا عنهم الأحكام التي
استنبطوها والقواعد التي قرروها فنبغ من بينهم في كل مذهب أفراد
مجتهدون قاموا بتحرير مذهب امامهم ومن اشتهر بتحرير مذهب الامام
الأعظم أبي حنيفة من أصحابه : أبو يوسف يعقوب الانصارى . ومحمد
ابن الحسن الشيباني وزفر بن الهذيل ولهذا يوجد لكل واحد منهم
آراء في المذهب معزوة اليه

كيفية الاستنباط

كان استنباط الأحكام الشرعية من مصادرها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد الخلفاء الراشدين أيسر على المجتهدين من كل عهد آخر وذلك أنهم كانوا يعمدون مباشرة إلى المصادر الأربعة « الكتاب والسنة والأجماع والقياس » فيأخذون منها أحكام المسائل التي تحدث لهم ولمن يستفتيهم من الناس ولم يكن ثمة قواعد تجب مراعاتها عند ارادة الاستنباط لأن اللغة العربية التي هي مدار تفهم الأحكام وأداتها كانت اذ ذاك غضة الشباب لم يفسدها الامتزاج بلغة الأعاجم . ولم يزل هذا سبيل المجتهدين الى أن كثرت اختلاط العرب بغيرهم ففسد اللسان العربي وحينئذ فكر العلماء في وضع قواعد تجب مراعاتها على من يريد الاستنباط فوضعوا من القوانين ما يتخذ أساساً لذلك وسموها أصول الفقه وعرفوها بأنها « قواعد يتوصل بها الى استنباط الأحكام الشرعية العملية من الأدلة » والمشهور أن أول من دوّن هذه القوانين الاصولية هو الامام الشافعي رضي الله عنه فوضع فيها رسالة صغيرة كانت لهذا العلم كالأساس الذي يشاد عليه ثم كثرت المؤلفات الاصولية واتسعت أبحاثها في جميع المذاهب الاسلامية المنتشرة الآن . وهذا العلم قد صار من الضروري معرفته لكل مجتهد وكل مفت وكل طالب يهيمه أن يعرف كيف استنبطت الأحكام

طرق وضع القواعد الأصولية

ان العلماء الذين دونوا اصول الفقه لم يتفقوا على طريقة واحدة يتبعونها في تقريرهم لتباعد أقطارهم واختلاف آرائهم فذهب فريق منهم الى تقرير القوانين الاصولية على طريقة المتكلمين وهي أن ما أيده العقول والحجج من القواعد أثبتوه وما خالف ذلك نفوه من غير التفات الى موافقة فروع المذاهب لها أو مخالفتها اياها ومن هؤلاء الشافعية والمالكية . وهذه أمثل الطرق وأحراها بالاتباع

وذهب علماء الحنفية الى تقرير القوانين بتطبيق فروع المذهب عليها فيقررون قواعد أصول فقهم على مقتضى ما نقل من الفروع عن أئمتهم . واذا ترتب على القاعدة مخالفة فرع فقهي لها شكواها بالشكل الذي يتفق معه فكأنهم انما دونوا الاصول التي ظنوا أن أئمة المذهب اتبعوها في تقرير المسائل ولهذا كثرت الفروع الفقهية في مذهب الحنفية لانها في الحقيقة أصول تلك القواعد وهذه القواعد تتخذ أدلة لاثبات المسائل الفقهية وتفهمها في بادئ الأمر. فذكرها كما قال صاحب مجلة الأحكام الشرعية في مقدمة المؤانبات الفقهية يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقرررها في الاذهان. ثم ان بعض هذه القواعد اذا انقرد قد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات وذلك لا يقدح في عموميتها لان بعض هذه القواعد يخصص ويقيد بعضها واليك نموذجاً من هذه القواعد منقولاً من مجلة الأحكام الشرعية

- (١) الأُمُور بمقاصدها - أى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود منه - فمن قصد صيداً فقتل انساناً لا يقتل به
- (٢) العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمباني
- (٣) القديم يبقى على قدمه - كحق الشرب والمجرى والمسبيل والمرور يبقى على حاله القديم ما لم يقم دليل على خلافه
- (٤) الضرر لا يكون قديماً - كالمسبيل القذر فى طريق عام أو خاص لا يعتبر قدمه ويزال
- (٥) ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم دليل على خلافه
- (٦) الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته - فلو تزوج مسلم ذمية ومات نادعت اسلامها قبل موته وادعى الوارث اسلامها بعده فالقول له ما لم يثبت خلافه بالبينة وكذلك القول للبائع فى حدوث العيب عند المشتري لا عنده
- (٧) الأصل فى الكلام الحقيقة
- (٨) لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح
- (٩) لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص . أى ما كان معناه واضحاً كقوله تعالى « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا » لا يسوغ الحكم فيه بخلافه بحمله على معنى آخر
- (١٠) ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه - كعدم قتل الأصل بفرعه لا يقاس عليه غيره
- (١١) الاجتهاد لا ينقض بمثله - فلو رفع لقاض حنفى حكم قاض

- شافعي لا ينقضه ولو خالف مذهبه
- (١٢) المشقة تجلب التيسير . على هذه القاعدة بُنِيَ كثير من الأحكام الفقهية كالقَرْض والحَوَالَة والحَجْر والرُّخْص والتخفيفات في الأحكام الشرعية كالقَطْر في السفر والمرض وبيع ما يتلاحق آحاده . وبيع الاستجرار
- (١٣) لا ضرر ولا ضرار - الضرر هو ما كان بين فريقين كل منهما يضر الآخر
- (١٤) الضرر يزال
- (١٥) الضرورات تبيح المحظورات
- (١٦) الضرورات تقدر بقدرها
- (١٧) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف . أي يرتكب آهون الشرين .
- (١٨) الاضطرار لا يُبْطِلُ حَقَّ الغير - فلو اضطّر انسان الى أكل مال الغير للجوع ضمن قيمته أو مثله
- (١٩) العادة محكمة - أي تتخذ أساساً للحكم شرعي سواء كانت عامة أو خاصة
- (٢٠) لا يُنْكَرُ تغير الأحكام بتغير الزمان
- (٢١) إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت . والعبرة للغالب الشائع لا للنادر .
- (٢٢) المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . كبقاء الثمر المبيع حتى ينضج بدون اشتراط البقاء .

- (٢٣) إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه . فإذا بطلت شركة العقد بطلت الوكالة التي في ضمنها
- (٢٤) إذا بطل الأصل يصار إلى البديل . فإذا هلك المصوب يرد بدله .
- (٢٥) يغتفر في البقاء ما لا ينتفر في الابتداء . فلو وهب أرضاً ثم استحق بعضها بعد التسليم فلا تبطل الهبة في الباقي مع أنه مشاع
- (٢٦) أعمال الكلام خير من إهماله . أي لا يهمل الكلام ما دام يمكن حمله على معنى
- (٢٧) إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز . فلو أوصى لأبناء فلان وليس له إلا أبناء أبنائه حمل عليهم
- (٢٨) إذا تعذر أعمال الكلام أهمل
- (٢٩) الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر
- (٣٠) لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان . أي لا يقال لسألت أنه قال كذا . ولكن إذا سكت عند لزوم التكلم كان سكوته اقراراً وبياناً كما إذا رأيت من يتصرف في شيء تصرف المالك بلا إذن منك وسكت بلا عذر بعد ذلك اقراراً منك بأنك غير مالك له
- (٣١) الاشارات المعروفة للأخرس كالبيان باللسان
- (٣٢) البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر
- (٣٣) البيئة لا تثبت خلاف الظاهر واليمين لا بقاء الأصل

- (٣٤) البينة حجة متعديّة والاقرار حجة قاصرة
- (٣٥) الأجر والضمان لا يجتمعان
- (٣٦) الغرم بالغنم
- (٣٧) يضاف الفعل الى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً
- (٣٨) اذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر - فلو
حفر انسان حفرة في الطريق العام فالقبي فيها آخر حيواناً
لشخص فهلك ضمنه الملقى
- (٣٩) الجواز الشرعي ينافي الضمان . فلا يضمن من وقع في بئر
حيوان آخر فهلك
- (٤٠) المتسبب لا يضمن الا بالتعمد . فلو وضع شخص في منزله
سماً فأكله انسان ومات لا يضمن
- (٤١) المباشر ضامن وان لم يتعمد . فمن رمى صيداً فأصاب انساناً
فعليه ذنبه
- (٤٢) من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . فمن
باع مالا على أنه له ثم ادعى انه ليس له لا تسمع دعواه
فأذا حدثت مسألة من المسائل التي تريد أن تعرف حكمها
فأرجعها الى قاعدة من هذه القواعد أو غيرها مما لم يذكر هنا واحكم
عليها بما هو منصوص فيها فمثلاً اذا صرف من ينتفع بدابة غيره بلا
عوض جنبها في مؤونتها وطالب صاحبها بدفعه له بعد انتهاء الانتفاع
وأردت الفصل بينهما حسبما تقتضيه نصوص الشريعة الغراء فابحث في
قواعد الاصول عما يشمل حكم هذه الحادثة واحكم عليها بما يؤخذ منها

والحكم في هذه المسألة يعلم من قاعدة « العزم بالغنم » وكذلك اذا كان المنتفع به بلا عوض أرضاً واختلف فيمن يجب عليه الخراج الى غير ذلك - ولما كان اختلاف المجتهدين في المسائل الفقهية يوم أنه اختلاف في كليات الأحكام وأصولها ناسب ان نذكر أسباب اختلافهم ازالة لهذا الوهم فيما يلي

أسباب اختلاف المجتهدين

في الاحكام

اختلاف المجتهدين في الأحكام الشرعية من جهة الحل والحرمه والصحة والفساد والبطالان انما هي في الجزئيات الاجتهادية منها فقط لا في الكليات ولا في مورد النص من الجزئيات لان الكليات قطعية يقينية فلا خلاف فيها ولان الجزئيات التي دل عليها دليل صريح لا يحتمل التأويل لتواتره ووضوحه كحل البيع وجرمة الربا المأخوذ من قوله تعالى « وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا » لا مساغ للاجتهاد فيها

والمراد بالكليات في الشريعة الاسلامية ما كان لحفظ الضروريات والحاجيات والكماليات فالضروريات هي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث لو فقد شئ منها لم تجر مصالح العالم في هذه الدنيا على نظام بل على فساد وفوت حياة ولم يفز أحد في الآخرة بالنجاة والنعيم المقيم وقد حصرها الامام الشاطبي في خمسة أشياء وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل ويجمع ذلك الأمر بالمعروف والنهي

عن المنكر . والحاجيات هي ما يفتقر اليها الانسان من التوسعة ورفع
التضييق المؤدى في الغالب الى الخرج والمشقة في الجملة ولكنه لا يبلغ
مبلغ الفساد العام وذلك كحل الصيد والتمتع بالطيبات من الرزق في
المأكل والمشرب والملبس والمسكن والمركب وكالمزراعة والمساقاة والسلم
وبيع ما تتلاحق آحاده قبل ظهور بعضه ودخول التوابع بلا ذكر في
العقد على المتبوعات وبغير ذلك . والكهاليات هي الأخذ بما يليق من
محاسن العادات وتجنب الاحوال التي تعافها العقول الراجحة ويجمع ذلك
قسم مكارم الأخلاق وذلك كمرعاة آداب الأكل والشرب والزيارة
وكمنع بيع النجاسات وفضل الماء والكلاء وما أشبه ذلك فهذه الأمور
راجعة الى محاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية اذ ليس
فقدانها يخل بأمر ضروري ولا حاجي . وانما جرت مجرى التحسين
والكمال .

وأسباب الاختلاف كثيرة . منها أن يكون النص خفيا لم ينقله
الاقليل من الناس فلم يبلغ جميع المجتهدين . ومنها أن لا يكون له نص
صريح كأن يؤخذ من عموم أو خصوص أو مفهوم أو قياس فتختلف
أفهام العلماء في هذا كثيرا . ومنها أن يكون في الحكم أمر أو نهي فتختلف
العلماء في حمل الامر على الوجوب أو الندب وفي حمل النهي على التحريم
أو التنزيه . ومنها أن يكون من جهة اشتراك الالفاظ واجتماعها
للتأويلات كلفظ (القرء) في قوله تعالى « وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ
بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ » فقد ذهب الحجازيون من الفقهاء الى أنه
الطهر وذهب العراقيون الى أنه الحيض ولكل من الفريقين أدلة من

الحديث واللغة ومنها ما ينشأ بسبب الحقيقة والمجاز والافراد والتزكيك
ورواية الحديث ورؤاياه تعديلاً وتجريحاً الى غير ذلك

اقسام الشريعة الغراء

تنقسم الشريعة الغراء من حيث موضوعها الى قسمين
الاول - ما يتعلق بكيفية الاعتقاد ويسمى أصلياً واعتقادياً وقد
دوّن له العلماء علم الكلام وهو ما يبحث فيه عن معرفة الله وملائكته
ورسله واليوم الآخر وما فيه من بعث ونشور وحساب وجزاء على
الأعمال .

الثاني - ما يتعلق بكيفية الأعمال ويسمى فرعياً وعملياً وقد دوّن
له العلماء علم الفقه وعرفوه بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة
من أدلتها التفصيلية . وهذا القسم ينقسم الى قسمين : الاول ما يتعلق
بأمور الآخرة وهو العبادات . والثاني ما يتعلق بأمور الدنيا وهو على
سبيل الاجمال ثلاثة أنواع وهي : الاحوال الشخصية . والمعاملات .
والعقوبات . وتعليم ما يتعلق بكيفية الاعتقاد بأمور الآخرة من
العبادات في البلاد المصرية منتشر في المعاهد الدينية والمكاتب الأولية
والمدارس الابتدائية وتعليم قسم العقوبات الشرعية خاص بالمعاهد
الدينية . وأما الاحوال الشخصية والمعاملات فكما تعلم في المعاهد
الدينية تعلم في المعاهد الأخرى التي تعني بتدريس الشرائع والقوانين
وقد وضع في الاحوال الشخصية من المؤلفات ما صار وافياً بحاجة من
يعني بمراجعتها اذ منها المطول لمن يريد اتساع دائرة فكره في مباحثه

ومنها المتوسط لمن يكتفى بمعرفة الأحكام المعول عليها دون الخلافات
المذهبية ومنها المختصر لمن لم يسمح له وقته بمراجعة المطبوعات
وأما قسم المعاملات فلم يكن له من عناية المؤلفين ما كان لسابقه
فلهذا وجهنا العزائم الى تأليف هذا الكتاب على النمط الذي ييناه في
مقدمته راجين من الله أن ينفع به انه أكرم مسئول

قسم المعاملات

(المعاملات جمع معاملة وهي تبادل الأموال والمنافع بين الناس
بواسطة العقود والتصرفات) وهذا القسم من أهم أقسام الشريعة
الإسلامية اذ حول محور العمل بأحكامه يدور نظام هذا العالم ويرتقى
المجتمع الانساني الى أرقى ذرا الحضارة والعمران ويبلغ منتهى السعادة
الأبدية . ومن تدبر قوله عليه الصلاة والسلام « الدِّينُ الْمَعَامَلَةُ » علم
أن تعلم أحكام هذا القسم والعمل بها من الفروض العينية على كل قادر
على الكسب من رجال ونساء لأنه لا غنى لأحد عن الأخذ والاعطاء
ليستكمل كل فرد ما ينقصه من لوازم هذه الحياة الدنيا في مقابلة ما
يعطيه مما يحتاج اليه الآخرون اذ الانسان مدني بالطبع

وقد عقد الامام الغزالي رضي الله عنه مبحثاً خاصاً في بيان فضل
الكسب من أشرف وجوهه والحث على تعلم العلوم الموصلة اليه ولا
يكون الكسب شريفاً الا اذا كان طبق ما أمر الله به مستدلاً على ذلك
بكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية وآثار الصحابة والعلماء
اذ الدنيا مزرعة الآخرة ومدرجة اليها

ومما يستدعى مزيد العناية بالتوسع في دراسة هذا النسم كونه من أفضل وأوسع المراجع لشرح القوانين المدنية ومن يريد الدليل على ذلك فليتنظر الى أسماء المراجع العربية التي اعتمد عليها بائغة صر سعادة القانوني المحترم «أحمد فتحي باشا زغلول» في شرح القانون المدني «صفحة ٩» وكفى بذلك دليلا

مباحث قسم المعاملات

المباحث التي اشتمل عليها هذا القسم تنحصر على سبيل الاجمال فيما يأتي وهي :

الأموال . وأسباب الملك وانتزاعه . والمدائبات . والعقود على العموم .
« وهذه المواضيع الأربعة تعتبر كمقدمة لموضوع هذا القسم وما يلي هو المقصود منه » والبيع . والأجارة . والمزارعة . والمساقاة .
والشركة . والعارية . والقرض . والوديعة . والكفالة . والحوالة .
والوكالة . والرهن . والصلح . والابراء ولكل من هذه المباحث تفصيل وبيان يذكر في محله ان شاء الله تعالى

كتاب الأموال

ينحصر الكلام على المال في تعريفه وأنواعه وما يتعلق به من الحقوق التي يكون بها التصرف فيه . وبيان الملكية وملك المنفعة وحق الانتفاع سواء كان بالاستغلال أو السكنى . وما يجوز لصاحب المنفعة من التصرف وما يجب عليه من الضمان . وانتهاء حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحقوق المعاملات الجوارية واليك بيان كل

تعريف المال

للمال ثلاثة معانٍ معنى في اللغة ومعنى في الشرع ومعنى في اصطلاح القانون .

فمعناه لغة كل ما يكتنى ويملك من الأعيان وكان في الأصل شخصاً بالذهب والفضة ثم أطلق على كل ما ينتفع به وإذا أطلق المال عند العرب ينصرف الى الأبل لأنها أفضل أموالهم ومعناه شرعاً ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة . ولا فرق بين أن يكون زمن الادخار طويلاً كما في الأمتعة والأعيان التي لا تلف بالعمكث أو قصيراً كما في الأشياء التي يتسارع اليها الفساد

(ومعناه في اصطلاح القانون « كل شيء نافع للإنسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره » (شرح القانون ص ٤٤) فهو أعم من المعنى الشرعى عند الحنفية وموافق له عند الشافعية والمالكية لاعتبارهم المنافع أموالاً

أنواع الأموال

ينقسم المال الى نوعين . متقوم وغير متقوم فالمتقوم « أى الذى له قيمة في نظر الشريعة الإسلامية » هو ما يباح استعماله شرعاً في حالة الاختيار ومنه ما سبق بيانه في التعريف وغير المتقوم « أى الذى لا قيمة له في نظر الشريعة الإسلامية » هو ما ثبتت مالهية عند بعض الأئم ولا يباح استعماله شرعاً في حالة الاختيار كالخمر والخنزير أما في حالة الاضطرار فيباح للإنسان أن يتناول منهما ومن غيرهما ولو كان ميتة ما يسد رمقه ويزيل ظمأه ويستمر على ذلك حتى يزول اضطراره لأن الضرورات تبيح المحظورات

وما لم تثبت ماليتها من الأشياء عند أمة من الأمم لا يسمى مالا أصيلا وذلك كالميتة التي ماتت حنف أنقها ما عدا السدك والجزاد فانهما يعتبران أموالا ولو بعد موتهما لحل استعمالهما شرعا حينذاك . ما لم يتعفنا ويعتريهما الفساد . وكالدم السفوح أى السائل الذى ينفصل من الحيوان سواء كان بالذبح أم بغيره . أما غير السفوح كالنكبد والطحال فيباح استعماله اذا كان من حيوان مذكى ذكاة شرعية والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « أُخِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ السَّدَكُ وَالْجَرَادُ وَالنَّكَبُ وَالطَّحَالُ »

والمراد بالميتة التى لا تسمى مالا ما يفسد منها بالموت كاللحم والشحم أما ما لا يفسد كالجلد والصوف والمظم والقرون والأظلاف والحوافر والأعصاب فانها تطهر بالدبغ والتنظيف وتعتبر أموالا متقومة ما لم يكن شئ منها من أجزاء الكلب أو الخنزير أو ما تولد منهما أو من أحدهما لأن أجزاءها نجسة العين فى الحياة وبعد الممات . وما كان كذلك لا يطهر بالدبغ والتنظيف

(ولم يتعرض القانون الذى لهذه الفروق)

وينقسم المال المتقوم الى عقار ومنقول
فالعقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر وهو خاص بالأرضى سواء كانت للزراعة أم للبناء أم لغيرهما . يقول الامام مالك : هو ما لا يمكن نقله بدون أن تتغير صورته فيدخل فيه عنده

البناء والأشجار وكل ما وضع في الأرض على سبيل القرار كالألات
الرافعة المثبتة

والمنقول هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر سواء تغيرت
صورته بالنقل أم لا وسواء انتقل بنفسه أم بواسطة غيره فيدخل فيه
البناء والأشجار لا مكان نقلهما بعد تغير صورتهما وقال الامام مالك
إن المنقول هو ما يمكن نقله بدون أن تتغير صورته

وقد جرى القانون في تعريف العقار والمنقول على مذهب الامام مالك إلا أن
القانون أدخل في العقار الحقوق العينية المتعلقة بالعقار وألحق به من المنقولات
ما يأتي (١) الآلات الزراعية والمشيئة المملوكة للمزارع ولازمة لزراعته (٢) آلات
المعامل ومهمات المملوكة لمالك العمل وهذا الإلحاق خاص بعدم جواز الحجز
عليها منفردة وفيما عدا ذلك تعتبر منقولة (المواد ١ - ٢ - ٣ - ٤) (قانون مدني)

وينقسم المنقول الى مثلي . وقيمي :

فالمثلي هو ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به وله نظير في الحال
التجارية وتشمل الأنواع الأربعة الآتية وهي : المكيلات كالبئر
والموزونات بما فيها الذهب والفضة كالبئر . والأعداد المتقاربة كالبيض
والليمون . وعروض التجارة المتحدة الجنس كالشوك والسكاكين وأواني
الأكل والشرب متى كان لها نظير في الأسواق « العروض جمع عرض
أو عرض يسكون الرء وفتحها - هو ما ليس مكيلا ولا موزونا ولا
حيوانا ولا عقارا »

والقيمي هو ما تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به أو لا تتفاوت ولكن
لا نظير له في الحال التجارية ويشمل الأنواع الستة الآتية وهي :

الحيوانات ولو كانت متحدة الجنس . والبناء . والأشجار . وعروض التجارة المختلفة الجنس . والعديدات المتفاوتة تفاوتاً يعتمد به كالبطيخ . والمثلثات التي لا نظير لها في المحال التجارية بأن انقطعت من الأسواق وتعدر الحصول عليها .

وفائدة هذا التقسيم تظهر في التضمينات فما كان من الأنواع المثلية يضمن بمثله وما كان من القيمة يضمن بقيمته .

لم يتعرض القانون المدني لهذا التقسيم ولكن سعادة فتحى باشا زغلول تعرض له في شرحه صفحة ٤٧ ووفاه حقه كما أنه قسم الأموال المنقولة الى مادية وهى الأعيان التي تقع تحت الحواس ومعنوية وهى ما لا يقع تحت الحواس ويندرج فيه جميع الحقوق ولها في الشرح المذكور تقاسيم أخرى جديدة بأن ترسم بمداد من النور على صفحات القلوب فليراجعها من شاء « أنظر من صفحة ٤٤ - ٥٠ »

الحقوق المتعلقة بالأموال

الحقوق جمع حق وهو صفة شرعية بها يقتدر الانسان على التصرف والانتفاع بالأعيان المالية تصرفاً مشروطاً . وهو ثلاثة أنواع

الأول . حق ملك الشئ ذاتاً ومنفعة

الثاني . حق ملك الانتفاع

الثالث . حق الارتفاق .

حق ملك الشئ ذاتاً ومنفعة

هذا الحق يسمى ملكاً تاماً ويجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه فيجوز له أن يبيعه أو يهبه أو يوصى به أو يؤجره أو يعيره

أو يرهنه إلى غير ذلك من التصرفات ومن هذا النوع الأراضى العشرية وهى ما يؤخذ منها عشر محصولها إن سقيت بدون آلة رافعة . ونصف العشر إن سقيت بها وتشمل جزيرة العرب والبلاد التى افتتحها المسلمون عنوة وقسمت على الفاتحين والتى أسلم أهلها طوعا .

وأما الخراجية فهى التى يؤخذ عليها الخراج وهو نوعان : خراج مقاسمة . وخراج موظف . فخراج المقاسمة هو مقدار من المحصول يقدره ولى الأمر حسبما يراه كربع المحصول أو خمسة أو أقل أو أكثر بشرط ألا يزيد على النصف والخراج الموظف هو مقدار من النقود يفرضه الحاكم على الأرض بحسب الجودة والرداءة ويجوز له أن يزيد فى الخراج أو ينقص منه تبعاً لجودة الأرض وردائها مع مراعاة مصلحة الملاك .

والأراضى الخراجية تشتمل سواد العراق والبلاد التى فتحت عنوة وأقر أهلها عليها والبلاد التى فتحت صلحا . وهذه الأراضى على أظهر الأقوال كانت غير مملوكة العين لأربابها وإنما كانوا يملكون الانتفاع بها فى نظير دفع الخراج

الأراضى المصيرية

الأراضى المصرية المدة للزراعة كانت فى الأصل منقسمة إلى عشرية وخراجية فالعشرية كانت مملوكة لأربابها ملكا تاما (ذاتا ومنفعة) ولهم فيها حق التصرف المطلق بما فى ذلك الوقف وتورث عنهم والخراجية كانت مملوكة للحكومة وليس للأهالى عليها إلا حق الانتفاع وكانت لا تورث للنساء إلى عهد المرحوم سعيد باشا الذى

أصدر لأئحة منسوبة إليه أباح فيها حق الأثر لمن وكان لا يصح وقفها الا باذن الحكومة ولم تزل على هذه الحال الى ١٥ ابريل سنة ١٨٩١ في هذا التاريخ صدر أمر عال بتمليك جميع الأرض لأربابها ذاتاً ومنفعة وفي سنة ١٨٩٦ أمرت الحكومة بفك زمام الاطيان وعمل مساحة عمومية لجميع أراضي القطر المصري وضرب ضرائب نقدية عليها أكبرها على الفدان مائة وأربعة وستون غرشاً صاغاً وتسمى هذه الضرائب خراجاً ومن ثم صارت أرض مصر خراجيه خراجاً موظفاً ومملوكة لأربابها ذاتاً ومنفعة

واليك جدولاً يبين ما كان يُجبى منها ابتداء من عهد الفتح الاسلامي الى الآن

عـ	د
١٢٠٠٠٠٠٠	دينار في زمن حكم عمرو بن العاص - خلافة سيدنا عمر بن الخطاب
١٤٠٠٠٠٠٠	« « « عبد الله بن سعد « عثمان بن عفان
٥٣٠٠٠٠٠٠	« « « بنى أمية
٥٩٠٠٠٠٠٠	« « « الملك الأشرف
٤١٥٠٠٠٠٠	فرنك في أواخر عهد المماليك
٥٠٦٥٩٧٠٥	جنيهات مصرية في أوائل عهد المرحوم محمد علي باشا رأس العائلة الخديوية الفخيمة
١٧٠٠٠٠٠٠٠	جنيه مصري في سنة ١٣٣١ هـ وسنة ١٩١٣ ميلادية

وذلك غير الضرائب الوقتية كضريبة التعليم الأولى والزراعي والصناعي وعوائد الأملاك وأجر الخفراء - وقياًساً على اطراد زيادة الميزانية العمومية في الماضي عاماً فعاماً ينتظر أن يزيد ما يجي في المستقبل

زيادة مطردة أيضاً ولا شك أن لتلك الأهل إلى جميعاً للأراضي المصرية ذاتاً ومنفعة دخل كبيراً في هذا الارتقاء السريع

وأما الأراضي التي آلت إلى بيت المال بسبب موت ملاكها بلا وارث والأراضي الأميرية والأراضي الموقوفة فلا يجوز تملكها ولا تملكها إلا بمسوخ شرعي والمسوخ هو الفائدة التي تعود على بيت المال والحكومة والوقف من هذا التملك . وإذا اشترى شخص منها شيئاً بمسوخه الشرعي ملكه ملكاً تاماً ويجوز أن تُعطى أراضي بيت المال والأراضي الأميرية للأهل إلى الانتفاع بها فقط في نظير الخراج مع بقاء ملكيتها لهما أما الأراضي الموقوفة فيتبع في الانتفاع بها شروط الواقفين .

وقد كان بيت المال في مصر قبل ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ مصلحة تابعة لديوان المالية وأما من هذا التاريخ فقد ألغى بيت المال وتأسست المجالس الحسبية بنظامها الحالي ومن ذلك يتضح أن أراضي بيت المال والأراضي الأميرية شيء واحد الآن وبطلت عليها اسم « أملاك الميرى الحرة »

وأما الأموال التي خصصت للمنافع العامة كالترع والجسور والقناطر والشوارع العامة والطرق النافذة والتي أعدت لحفظ الحدود والثغور كالحصون والاستحكامات والمرافئ لا يصح تملكها ولا تملكها بحال من الأحوال مادامت معدة لما ذكر

الملكية

الملكية : نسبة إلى الملك . والملك هو ارتباط شرعي بين الإنسان والشيء المملوك يجعله قادراً على التصرف فيه بوجه الاختصاص وهو

لا يختص بالأموال بل يشمل المنافع والحقوق أيضاً وهما لا يعتبران أموالاً عند علماء الحنفية وسيأتى بيان ذلك مفصلاً فى محاله ان شاء الله تعالى

واذا تعلق الملك بالأموال سُمى ملكاً تاماً لأنه يجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه بلا فرق بين أن يكون المالك مختصاً وحده بما تصرف فيه أو شريكاً لغيره فيه مادام نصيبه معلوم المقدار بشرط ألا يضر بشريكه ولا بغيره والا منع فان كان نصيبه مجهولاً بأن مات مورثه ولم تحصر تركته ولا ورثته وتصرف فيما توهّم أنه يخصه حينئذ تصرفاً يجعل للغير حقاً عليه فلا يصح تصرفه لجهالة ما تصرف فيه جهالة فاحشة تؤدى الى النزاع وكل ما أدى الى النزاع فهو فاسد شرعاً

واذا تعلق الملك بالمنافع أو الحقوق سُمى ملكاً ناقصاً لأنه لا يكون لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه كما سيأتى مفصلاً

وقد أبان شارح القانون المدنى معنى الملكية وصفاتها وما يدخل فيها بما لا يحتاج معه الانسان الى غيره فليراجع لأهميته (صفحة ٥٢ و ٥٣ و ٥٤)

ملك المنفعة وحق الانتفاع

هذا هو النوع الثانى من أنواع الحقوق التى تترتب على الأعيان المالية لافادة الانتفاع بها وهو ملك ناقص ولا يستفيد صاحبه الا من مالك العين المنتفع بها أو من يقوم مقامه بسبب من الأسباب الآتية وهى أربعة واحد منها ليس بعقد وهو الوقف وثلاثة عقود واحد منها بعوض وهو الاجارة . واثنان بغير عوض : وهما الاعارة . والوصية بالمنفعة

أما الوقف فعناد لغة الحبس وشرعاً حبس العين عن تملكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة . ويؤخذ من هذا التعريف أن الوقف متى صح خرجت العين الموقوفة فوراً عن ملك جميع الناس حتى الواقف ولا يصح التصرف فيها تصرفاً يجعل للغير حقاً ثابتاً عليها فلا يجوز بيعها ولا رهنها ولا هبتها ولا الوصية بها ولا غير ذلك من التصرفات التي تعود على أصل الوقف بالبطلان والوقف نوعان . أهلي وخيري . فالأهلي ما كان أولاً على شخص معين أو أشخاص معينين سواء كان هو الواقف وذريته أم غيرهم من الأهل والأقارب أو من الأجانب بشرط أن يكون آخره في جميع الأحوال لجهة بر لا تنقطع . والخيري ما كان من أول الأمر موقوفاً على جهة خيرية كالمساجد والمستشفيات والملاجئ وما شاكل ذلك . والأموال بالنسبة لصحة وقفها مستقلة وعدم صحته نوعان : نوع يصح وقفه مطلقاً وهو العقار وما وقف تبعاً له من المنقولات كالآلات الزراعية الموقوفة تبعاً للأرض . ونوع لا يصح وقفه مستقلاً إذا تعورف وهو المنقولات ومما تعورف وقفه منها الكتب والقذور التي لتغسيل الموتى وإذا تعورف في جهة وقف شيء من المكيلات أو الموزونات صح وقفه ثم يباع ويشترى بثمنه عقار يُستعمل أن أمكن ذلك والألّا فيعطى لمن يتجر فيه مضاربة أي بجزء من الربح أو بضاعة أي مجاناً ويوزع الربح على المستحقين ويجوز أن تعطى الحبوب للمستحقين ليزرعوها ويردوا من محصول الزراعة لناظر الوقف مثل ما أخذوا ويتكرر ذلك بتكرار الزراعات وإذا لم تخرج الأرض زرعاً أصلاً بطل الوقف .

وإذا تعورف وقف النقود صح وقفها أيضاً واتبع في استغلالها ما ذكر في ثمن الحبوب . وللووقف مؤلفات خاصة به أهمها كتاب الاسعاف للإمام برهان الدين الطرابلسي وكتاب الخضاف المسمى أحكام الأوقاف لأبي بكر الشيباني وقانون العدل والانصاف للمرحوم قدرى باشا ومباحث الوقف للاستاذ محمد زيد بك الأياني . فليراجعها من يريد التوسع في معرفة أحكام الوقف

عرف شارح القانون الوقف بأنه : الأموال المرسدة على جهة بر لا تنقطع ويصح أن تكون منفعتها لأشخاص بشروط معلومة حسب المقرر بالوائح في شأن ذلك (مادة ٧)

ثم قسم الأموال الى خاصة وهي المملوكة للاهالي وأموال الميرى الحرة. وعامة وهي ما خصت لمنفعة العامة . وذات شبهين وهي الوقف لأنها بالنسبة لعدم سماع الدعوى على واضع اليد عليها بعد ثلاث وثلاثين سنة تشبه الأموال الخاصة وبالنسبة لعدم جواز التصرفات فيها وكونها غير مملوكة لأحد تشبه الأموال العامة (الشرح صفحة ٤٩ - ٥٠) ولم يتعرض القانون لأحكام الوقف بل أحال على الأحوال الشخصية — وليس في شيء مما ذكر ما يخالف أحكام الشريعة الغراء لأن الشريعة وإن كانت تعتبر الوقف غير مملوك لأحد من العباد ولكن تعتبره من جهة أخرى له شبه بالتمايكات كما هو مبين في محاله —

وأما الاجارة فعناها شرعاً تملك المنفعة في الحال بغرض
وأما الاعارة فعناها تملك المنفعة في الحال بلا عوض وسيأتي
الكلام على هذين العقدين في محلهما
وأما الوصية بالمنفعة فهي تملك المنفعة تملكاً مضافاً الى ما بعد
الموت بطريق التبرع

وحكم هذا العقد أنه متى استوفى شرائطه الآتى بيانها في الوصية بالأعيان يكون للموصى له حق الانتفاع بالعين الموصى بمنفعتها بعد وفاة الموصى على التفصيل الآتى وهو أنه - إذا أوصى شخص لآخر بغلة أرضه أو بغلة بستانه « والمراد بالغلة ما يحصل من ربيع الأرض وثمره البستان وكرائهما » ينظر فإن كان الموصى نص على الأبد أو مدة حياة الموصى له أو أطلق كان للموصى له أن ينتفع بالعين الموصى بمنفعتها طول حياته فإذا مات رجعت المنفعة لمالك العين . وإن حدد الموصى مدة للانتفاع فلا يخلو الحال من أن تكون خالية من التاريخ كأن يقول أوصيت لفلان بغلة كذا ثلاث سنين أو مؤرخة بتاريخ معلوم كأن يقول يقول بتبديء من سنة كذا فإن كان الأول كان للموصى له أن ينتفع بالعين عقب وفاة الموصى تلك المدة وإن كان الثاني فاما أن يموت الموصى قبل حلولها . أو في خلالها . أو بعدها . فإن كان الأول ثبت للموصى له حق الانتفاع في المدة المحددة . وإن كان الثاني فله حق الانتفاع فيما بقي فقط . وإن كان الثالث بطلت الوصية .

وإذا أوصى بثمره بستانه لشخص فإن نص على الأبد أو مدة حياة الموصى له أو حدد مدة سواء أرخصها أم لا فالحكم في ذلك كله حكم الوصية بالغلة أما إذا أطلق بأن قال أوصيت لفلان بثمره بستانى فلا يكون حكمه حكم الوصية بالغلة في حالة الإطلاق بل له حكم آخر وهو أنه ينظر الى البستان عقب وفاة الموصى فإن كان به ثمرة استحقها الموصى له دون ما يتجدد من الثمار وإن لم تكن به ثمرة استحق كل ما يتجدد من الثمار مدة حياته والسبب في ذلك أن الثمرة تطلق عرفاً

على الموجود . ولا تطلق على المعدوم الا مجازا بقريضة تفيد ارادته .
أما الغلة فتطلق عرفا على المنافع بلا فرق بين ما يكون منها موجودا
وما يتجدد « والعرف في الشرع له اعتبار » فان وجد عرف يخالف
ذلك اتبع اذا كان مما يُعْتَدُّ به شرعا

حق السكنى

من ملك سكنى دار بوقف أو عقد وصية فليس له استغلالها
باتفاق الامام وصاحبيه ومن ملك غلتها فليس له سكنائها على رأى
الامام وأبى يوسف وحجتهم احترام عبارة المملك وقال محمد له حق
السكنى وحجته أن الاستغلال يفيد تملك المنفعة بعوض . والسكنى
تفيد تملكها بغير عوض . والتمليك بعوض أقوى من التملك بغير عوض
والأقوى يستتبع الأضعف ولا عكس . وقال الشافعى من ملك أحدهما
ملك الآخر . واذا كانت عبارة المملك شاملة للسكنى والاستغلال فله
استيفاء أيهما شاء بلا خلاف وكذلك اذا قال أوصيت لفلان بمنفعة
دارى لأن المنفعة تشملهما جميعا

واستيفاء حق السكنى يختلف باختلاف الأحوال وذلك أن
هذا الحق اما أن يستفاد بوقف . أو بوصية . وما لكه اما أن يكون
واحدا . أو متعددا . والدار التى مَلَكَت سكنائها اما أن تكون
واسعة أو ضيقة . فاذا كان مالك حق السكنى فى الدار واحدا سواء
ملكه بوقف أو بوصية جاز له أن يسكنها هو وأولاده وحشمه
وخدمه وله أن يسكنها غيره بغير عوض لأن الانسان له أن يملك مثل

ماملك لأكثر سواء كانت الدار واسعة أم ضيقة . وإذا كانوا متعددين وكانت الدار ضيقة ينظر فإن كانوا رجالا فقط أو نساء فقط جاز للرجال أن يسكنوها جميعاً دون نساءهم . وللنساء أن يسكنن دون رجالهن . وجاز أن يتناوب أفراد كل فريق مع من يتبعها السكنى بالمهاياة الزمانية وإن كانوا رجالا ونساء فإن كانوا محارم أى يحرم زواج الرجال بالنساء حرمة مؤبدة جازت لهم السكنى جميعاً وجازت المهاياة الزمانية وإن لم يكونوا محارم وجبت هذه المهاياة . أما إذا كانت الدار واسعة أى ذات مساكن شرعية منفصلة بعضها عن بعض تمام الانفصال جازت المهاياة المكانية والمهاياة الزمانية والأول أعدل ومعنى المهاياة قسمة المنفعة .

ومدة الانتفاع بالسكنى يتبع فيها ما ذكر في الاستغلال

وكل من ملك حق سكنى دار بلا عوض فعليه عمارتها واصلاح ما يطرأ عليها من الوهن والخلل وإذا بنى شيئاً فيها من ماله كان ملكاً له ولورثته من بعده وإذا امتنع عن تعميرها فللقاضى أن يؤجرها لغيره بأجرة تدفع سلفاً ويعمرها بها وبعد انتهاء مدة الاجارة يرُدُّ الدار لمستحق السكنى . وأما من ملك حق السكنى بعوض فلا يجب عليه إلا ما تقتضيه الشروط التى بينه وبين مالك العين وإن لم توجد شروط فلا يعمر إلا ما ألتفه تعدياً .

وكما تجوز الوصية بالمنفعة لشخص مع ابقاء العين للورثة تجوز الوصية بالمنفعة لشخص وبالعين لشخص آخر كلاهما أجنبى عن الموصى . ولا يصح أن يوصى بالعين لأجنبى مع ابقاء المنفعة للورثة لعدم الفائدة في هذه الوصية فإذا حصل ذلك وجب أن تتبع المنفعة العين وتدخل

في ملك الموصى له تصحيحاً لعبارة الموصى وصونا لكلامه من العبث عملاً
بقولهم كلام العاقل يضان عن العبث ما أمكن وقولهم أعمال الكلام
خير من إهماله .

وإذا لم تدل الفاظ العقود على المعاني المقصودة منها للمتعاقدين
تكون العبرة حينئذ بالمقاصد والمعاني لا بالالفاظ والمباني غالباً فمثلاً إذا
كانت اللفاظ ألفاظ عقد عارية والمقصود منه عقد قرض كأن تقول
أعزني اردبا قحاً وأرده اليك بعد سنة مثلاً اعتبر العقد عقد قرض وترتب
عليه حكمه وهو دخول الاردب القمح في ملك الآخذ بمجرد استلامه
إياه وجواز استهلاكه ورد مثله . وضمانه بمثله إذا هلك ولو بدون تعد
بعد استلامه وقبل الانتفاع به الى غير ذلك . والفرق بين العارية
والقرض أن العارية تكون فيما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين المنتفع بها
والقرض يكون فيما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كما في المثال السابق

ما يجوز لصاحب المنفعة من التصرف

وما يجب عليه من الضمان

استيفاء المنفعة التي يستفيد بها الانسان بأي سبب كان اما أن
يكون مقيداً بشروط أولاً . فان كان مقيداً بشروط كان له أن ينتفع
الانتفاع المشروط أو ما يماثله في الضرر أو ما هو أقل منه . وان كان
غير مقيد بشروط انتفع الانتفاع المعتاد . وإذا هلكت العين مع مراعاة
ما ذكر في الحالتين فلا ضمان عليه سواء هلكت قبل تمام الانتفاع
أم بعده وقبل التمكن من ردها

أما إذا خالف الشروط إلى ما هو أشد ضرراً . أو جاوز المعتاد في الانتفاع أو تأخر عن ردها بلا عذر بعد استيفاء المنفعة . أو مات مُجِبَّاً لَهَا فعليه الضمان . والأصل الذي ينبغي عليه لزوم الضمان وعدمه أن الأعيان المنتفع بها أمانات تحت يد المنتفع وحكم الأمانات أنها إذا استهلك أو هلكت بالتعدي ضمنها المتعدي بدفع مثلها لصاحبها إن كانت مثلية . وبدفع قيمتها إن كانت قيمة وإن هلكت بدون تعدي فلا ضمان على أحد بل تهلك على صاحبها

ويجب على المنتفع أن يُعنى بحفظ العين المنتفع بها وصيانتها عناية تامة كعنايته بأمواله نفسه وعليه مصاريفها ومؤونتها . وإن كانت أرضاً فعليه خراجها ومصاريف إصلاحها وسقيها وتطهير أنهارها ومصاريفها إن كان يحصل منها على منفعة والافضل ذلك على المالك . وإذا كان المنتفع به داراً للسكنى فعليه رمتها وإصلاح ما يطرأ من الخلل عليها . وسيأتي زيادة بيان لهذا المبحث في الكلام على الإجارة والاعارة

انتهاء حق الانتفاع

ينتهي حق الانتفاع بأحد ثلاثة أشياء

الأول - بانتهاء مدة الانتفاع

الثاني - بموت المنتفع مطلقاً أي سواء ملك المنفعة بعقد معاوضة

أو تبرع أو بغير عقد وبموت أحد المتعاقدين في الإجارة والاعارة

الثالث - بهلاك العين المنتفع بها

ومتى انتهى حق الانتفاع في الصورتين الأولى ولين وجب تسليم العين لصاحبها الا اذا ترتب على تسليمها ضرر للمنتفع أو ورثته
كما اذا كانت العين المنتفع بها أرضاً بها زرع لم يبد صلاحه فانها تترك للمنتفع أو لورثته بأجر المثل في المدة اللازمة لمنضج الزرع . الا اذا كانت مستأجرة ومات المنتفع أثناء المدة فانها تترك لورثته بالأجر المسمى لرضاء المؤجر به من قبل . واذا كانت المدة الباقية لا تقضى بمنضج الزرع تؤخذ الارض في المدة الجديدة بأجر المثل وأمثلة ذلك ظاهرة

« حق الانتفاع في القانون المدني مبين في المواد من ١٣ الى ٢٩ فقسم أنواع الانتفاع الى مؤبدة وهي ما تكون بين الحكومة والأفراد كإباحة الانتفاع بالارض المملوكة للحكومة والمؤقتة ما تكون بين الأفراد وبعضهم — وبين حقوق المنتفع وواجباته بما لا يخرج عما ذكر في أحكام الشريعة الغراء ثم أبان حقوق المملك للانتفاع وواجباته وقال ان حقوقه هي المقابلة للواجبات التي على المنتفع ومثل لها — وواجباته هي تخليه بين المنتفع والعين المنتفع بها بحيث يصير قادراً على استيفاء المنفعة بدون منازع ولا معارض — وكذلك أبان زوال حق الانتفاع وحصر أسباب زواله فيما يأتي (١) انقضاء المدة المقررة له في العقد (٢) وفاة المنتفع ان لم يكن في العقد مدة معينة (٣) ترك المنتفع حقه (٤) هلاك العين المنتفع بها (٥) فسخ المالك للعقد اذا وجد ما يتضمن ذلك (٦) عدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة وحينئذ يرجع الملك النام للمالك ثم ذكر ضمان المال المنتفع به بما لا يخرج عن أحكام الشريعة الغراء

حقوق الارتفاق

هذا هو النوع الثالث من الحقوق التي تترتب على الأموال وهي ملك ناقص لأن صاحبها لا يملك التصرف المطلق فيها كما سيأتي

والارتفاق لغة الاتكاء على مرفق اليد ويطلق على كل ما يستعان به
وشرعا حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر
وهذه الحقوق هي حق الشرب . وحق المرور . وحق المجرى .
وحق المسيل . وحق التعليل .

حق الشرب

الشرب بكسر الشين لغة النصيب من الماء
وشرعا نوبة الانتفاع بالماء سقياً للأرض والزرع والشجر . وهو
مشروع من قديم الزمان والدليل على مشروعيته قوله تعالى « وَنَبِّئُهُمْ
أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ » أى كل نصيب يحضره
أصحابه لاستيفائه وقوله « لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ »
والضمير في لها يعود على ناقة سيدنا صالح وفي لكم يعود على قومه
وأما الشرب بالضم فهو تناول بالشفة

والمياه الصالحة لسقى الاراضى والحيوانات على ثلاثة أقسام
الأول - مياه الأنهار العظيمة والترع العمومية وهذا القسم

يسمى شرباً عاماً

الثانى - مياه الأنهار المملوكة ملكاً عاماً أو خاصاً وهذا القسم

يسمى شرباً خاصاً

الثالث - المياه التى وضعها الناس فى الآوانى والصهاريج الخاصة

وهذا القسم يسمى ماء محرزاً

وحكم القسم الأول وهو الشرب العام أنه يجوز لكل انسان أن

ينتفع به أى انتفاع شاء فله أن يسقى أرضه ودوابه وأن ينصب عليه آلة رافعة بخارية أو غير بخارية وأن يشق منه جدولاً يوصل المياه إلى ملكه إلى غير ذلك من أوجه الانتفاع بشرط ألا يكون فى شيء من ذلك ضرر بين للعامة والأمنع كما إذا ترتب عليه تخريب الجسور أو قلة المياه قلة لا تسمح بسير السفن فتتعطل المصالح التجارية وغيرها أو نحو ذلك

ومياه هذا القسم تقسم على الأهالى بنسبة أراضيهم الزراعية وهذا التقسيم يكون اما بالزمن بأن تأخذ كل جهة أياماً محدودة وكل واحد ساعات معينة . واما بالعداد بأن تأخذ كل جهة أمثارا مكعبة من المياه معلومة المقدار أو ما يشبه ذلك

وحكم القسم الثانى وهو الشرب الخاص أنه لا يجوز لغير الشركاء أن يسقى منه أرضه الا برضا أصحابه ولكن يجوز التناول بالشفة ما لم يضر ضرراً يدين كنع المياه من الوصول إلى الأرض أو تخريب الجسور أو نحو ذلك والأمنع . وانتفاع الشركاء بمياه هذا القسم يكون على حسب المتفق عليه فلا يجوز لأحدهم أن يغير شيئاً مما اتفقوا عليه بدون رضا الجميع كشق جدول أو رفع ساقية ونحوها من أسفل إلى أعلى أو بالعكس أو استيفاء أكثر من حقه فى الماء أو أحداث آلة رافعة الا اذا كانت بطن النهر وحافته التى توضع عليها الآلة الرافعة ملكاً له بشرط أن لا يضر ذلك بأحد

وان لم يكن بينهم اتفاق على كيفية الانتفاع قسمت المياه عليهم بنسبة أراضيهم الزراعية بالصفة التى سبق بيانها فى تقسيم مياه الشرب العام

ومن الشرب الخاص مياه الآبار والسواقي المحفورة في ملك الأهلالي فتعطى أحكامه السابقة وإذا منع أصحابها الناس من الدخول في أرضهم لاستيفاء حق الشفة بدون أن يترتب على هذا الدخول ضرر للأرض ولا للمياه خيرهم الحاكم بين أن يدخلوها ويدخلوا دوابهم وبين أن يخرجوا المياه إلى الطريق العام للسقيا

وإذا أباح ملاك هذا القسم لشخص سقى أرضه من مياه شربهم جاز لهم منعه ان لم يكن قد اكتسب هذا الحق بتقادم الزمان لأنهم متبرعون والمتبرع له حق الرجوع في أى وقت شاء .

وحكم القسم الثالث وهو الماء المحرز أنه مملوك لمن أحرزه ملكا تاما لأنه مال مباح سبقت يد المحرز اليه وقد قال عليه الصلاة والسلام « مَنْ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَى مَالٍ مُبَاحٍ فَهُوَ لَهُ » ولذا لا يجوز لغير مالكة الانتفاع به بدون إذن الا اذا كان مضطراً فيأخذه بقيمته لأن الاضطراب لا يبطل حق الغير

ومتى ثبت حق الشرب لشخص لا يجوز منعه من استيفائه وهو لا يثبت الا اذا كان قديما . والمراد بالقديم هنا هو الذى لا يعرف الجيران مبدأه واذا سقى شخص أرضه سقياً معتاداً فسال منها الماء بدون تعديده الى أرض الغير وترتب على ذلك تلف الزرع فلا ضمان عليه وان كان السقى أكثر من المعتاد فعليه الضمان

ولا يصح التصرف في حق الشرب مستقلا ببيع ولارهن ولا هبة ولا اجارة ولا غير ذلك الا أنه يورث ويوصى به لأن الميراث أمر حكمي قهرى يفيد تملك الوارث رغم ارادته ما تركه المورث له من

الأملاك . والوصية لتكونها تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت تلحق بالميراث في حكمه أما اذا كان التصرف تابعاً للأرض فانه يصح مطلقاً وقال بعض علماء الحنفية والامام أحمد بن حنبل بجواز التصرف فيه مستقلاً بسائر التصرفات الشرعية

وحكم بقية حقوق الارتفاق في ذلك كحكم الشرب

حق المرور والمجرى والمسيل

حق المرور هو أن يثبت لشخص حق السير في ملك غيره ليصل الى ملكه سواء كان ملك هذا الغير داراً أم أرضاً زراعية . ومن ثبت له هذا الحق جاز له أن يستوفيه كما ثبت له لا أكثر فاذا كان لشخص حق المرور بعمرته ودوابه في ملك غيره فلا يكون لصاحب الملك منعه من استيفائه والا منع مما ليس له حق فيه

وحق المجرى هو أن يكون لشخص حق اجراء الماء في ملك الغير ليصل الى ملكه

وحق المسيل هو أن يكون لشخص حق اسالة المياه أى تصرفها في ملك غيره لتصل الى المصارف العامة

ولا يصح أن يمنع ذو حق من هذه الحقوق من استيفائه الا اذا كان في عدم المنع ضرر بين كما اذا كان لشخص في طريق عام أو خاص مسيل قد يتردى به المارة فانه يجب ازالته ويتمنع صاحبه من استيفائه ازالة للضرر عن المارين لأن الضرر يزال شرعاً ولو كان قديماً ولا يثبت بالاباحة حق من هذه الحقوق كما في الشرب

ويترتب على عدم جواز المنع من استيفاء حقوق الارتفاق أنه لو كان لشخص ميزاب قديم يصب مياه الأمطار في دار جاره أو كان له مسيل مار من دار جاره لأخراج المياه القذرة بواسطته إلى المصارف العامة أو مجرى كذلك يوصل ماء الشرب إلى داره فلا يجوز منع صاحبه من الانتفاع به مادام لا يضر شيء منها بالجار ضرراً يبتنا فإن أضر به مُنع

ويترتب على ذلك أنه لو تهدم المسيل أو المجرى من الجزء المار بدار الجار فعلى المنتفع به إعادة مآهدهم وإصلاح ما اختل فإن أعاده فيها والأجاز للجار أن يمنع من الانتفاع دفعاً للضرر عن نفسه

وإذا أراد المنتفع دخول الدار لإعادة مآهدهم وإصلاح ما اختل فمنعه صاحبها من الدخول يحير صاحب الدار بين أحد أمرين إما أن يتركه يدخل ليصلح وإما أن يصلح هو من مال نفسه ولا يرجع شيء على المنتفع

عرف القانون وشرحه الارتفاق في المادة الثلاثين بأنه هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى . وهو موافق للمعنى الشرعى إلا أن هذا أشمل - ويتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود هذا التكليف وعرف البلد - وقدم شارح القانون حقوق الارتفاق إلى ستة أنواع (١) حق استعمال مياه الترعى العمومية (٢) حق الممر فى أرض الغير وحق الممر الشخصى (٣) حق البناء على البناء (٤) حق الجار فى بقاء الجدار (٥) حق تحديد المسافة بين مسكنين (٦) حق تحديد المسافة بين المساكن وبعض المحال

والأقسام الأربعة الأولى موافقة فى جميع أحكامها لما هو مقرر فى الشريعة الفراء إلا فى تقييد المنتفع بمياه الترعى العمومية بأوامر الحكومة فيما يختص بتركيب الآلات الرافعة للمياه ورى الأرض فى أيام التجارىق وحق الجار فى منع جاره الذى له حائط أو سياج من هدمه لغير باعث قوى أن كان فى ذلك ضرر

له وإذا اختلف في وجود الباعث القوي فوض الرأي الى القاضي في تقديره وهذا التقييد وإن لم يوجد صراحة ضمن أحكام الشريعة الفراء إلا أنه يؤخذ من قواعدها العامة كقاعدة (الضرر يزال شرعا) لأن أوامر الحكومة بذلك لم تصدر الا لازالة الضرر وجلب النفع وكذلك القديان الأخيران فانهما وإن لم يذكر بالتحص في أحكام الشريعة الفراء فالتبها ذكرتهما بالمعنى في الحقوق الجوارية كما سبأى - والمسافة في القانون بين المسكنين هي متر من كل مالك اذا كانت نافذة أحدهما مقابلة على خط مستقيم لنافذة الآخر والطنف كالنافذة في ذلك - والمسافة بين المسكن والحال الخطرة أو المضرة بالصحبة أو المقلقة لراحة السكان تكفلت ببيانها (لأحة ٢٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ مرة ١٣ فليراجعها من شاء)

حق التعلی

حق التعلی هو عبارة عن ثبوت حق القرار لشخص بعلوه على سفلى لا آخر اذ كثيرا ما يكون العلو مملوكا لشخص والسفلى مملوكا لا آخر ويتصور ذلك في حالة ما اذا باع صاحب الدار الدور العلوى منها فقط دون السفلى وهذا جائز شرعا لان المبيع عبارة عن البناء القائم وهو مال متقوم مملوك مقدور التسليم ومتى حصل ذلك كان لصاحب العلو حق القرار على سقف الدور السفلى الذى هو ملك لصاحب السفلى اذ هو من متمات دوره لأن الدور اسم للبناء المسقف. ومعنى ثبوت حق القرار انه كلما تهدم العلو جاز لصاحبه تجديده وقد اختلف في حكم جواز الزيادة على البناء الاصلى سواء كان فى الارتفاع أم فى عدد الحجر فقال بعض الفقهاء لا تجوز مطلقا الا باذن صاحب السفلى أى سواء كانت الزيادة مضرة بالسفلى أم لا وسواء وافقت الرسم المعتاد أم لا. وقال بعضهم تجوز مطلقا ان لم يكن فيها ضرر. وفصل آخرون فقالوا ان وافقت الرسم المعتاد ولم تضير جازت ولو بدون رضا صاحب

السفل لأن حالة المباني تختلف باختلاف الزمان والمكان وان لم توافق الرسم المعتاد لا تجوز الا باذن صاحب السفل ولو لم تضر اذ ربما يكون في الزيادة حينئذ تشويه منظر الدار

ومتى كان لشخص سفل ولا آخر علو عليه كان لكل منهما حقوق على الآخر منها أنه لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في ملكه تصرفاً يضر بالآخر الا باذنه كأن يحدث صاحب السفل بالوعة أو بئراً أو قناة بجوار الحائط أو يفتح نافذة أو أكثر أو يكسر خشبة من السقف أو نحو ذلك من التصرفات التي يترتب عليها عادة انهدام البناء أو وهنه لأن في ذلك ضرراً أيضاً بصاحب العلو اذ يقصر أجل بناء دوره وكان يثق صاحب العلو دفاً شديداً على السقف فيتساقط التراب على صاحب السفل وعلى أمتعته أو أن يضع كثيراً من الأثقال على جزء صغير من السقف لا يحتمله عادة أو نحو ذلك. ومن الحقوق التي لصاحب السفل على العلو ستر مبانيه من تأثير الشمس والأمطار كما أن لصاحب العلو حق القرار المذكور ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأحدهما أن يهدم بناءه تعدياً للآخر فان فعل ذلك أجبر على اعادته حتى يتمكن الآخر من استيفاء حقه الثابت له واذا تسبب عن هدم السفل تعدياً انهدام العلو أجبر صاحب السفل على اعادته أيضاً كما كان. أما اذا انهدم أحدهما بدون تعد فلا يجبر صاحبه على اعادته بل يطلب منه ذلك فان أعاده فيها والا جاز للآخر بناؤه بمصاريف من طرفه ويرجع بما صرفه على صاحبه بالغاً ما بلغ ان كان البناء باذنه أو بأمر القاضي والا رجع بما يقدره الخبراء العادلون وقت البناء واذا لم يدفع

المالك ما صرف على بناء دوره جاز لمن بناء أن يمنعه من الانتفاع به حتى يؤدي له ماوجب عليه وله أن يؤجره باذن القاضى المدة الكافية لحصوله على حقه ثم يعيده لصاحبه . واذا كان لكل من السفلى والعلو باب خاص به اعتبر كل من صاحبيهما جاراً ملاصقاً ولا يجوز لأحدهما أن يمر من ملك الآخر وان كان لهما باب واحد كان لكل منهما حق المرور منه

تكفلت المواد ٣٤ و ٣٥ و ٣٦ و ٣٧ من القانون المدنى ببيان حقوق كل من صاحب العلو والسفل على الآخر وهى كلها موافقة لما ذكر في هذا الموضوع من أحكام الشريعة الفراء غير أن المادة ٣٧ توجب اجبار صاحب السفلى على اعادة سفله ولو سقط بأفة سماوية وان لم يمثل جاز بيع ملكه بالمحكمة «وقد رأى شارح القانون لزوم استبدال كلمة جاز من عبارة (والا جاز بيع ملكه بالمحكمة) بكلمة وجب وأبان سبب ذلك بياناً شافياً»

حقوق المعاملات الجوية

جعلت الشريعة الاسلامية للجوار من الحقوق وحسن المعاملة ودوام الجمالة ما لم يجعله لغيره لشدة الارتباط الذي اقتضاه الاشتراك في كثير من مرافق الحياة وتبادل المنافع بين الجيران . ومراعاة تلك الحقوق والواجبات من أمهات المفاهيم التي حثت الاحاديث النبوية على التحلى بحلاها فمن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « ما زال جبريل يُوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » وقوله « لا يؤمن أحدكم حتى يأمن جاره بوائقه » وقوله في مقام الارشاد

والدعوة الى مكارم الأخلاق بالحكمة والموعظة الحسنة « أتدرون ما حق الجار : ان استعان بك أغنته . وان استنصرك نصرته . وان استقرضك أقرضته . وان افتقر عذت عليه . وان مرض عذته . وان مات تبع جنازته . وان أصابه خير هنأته . وان أصابته مصيبة عزيته . ولا تطل عليه بالبنیان فتحجب عنه الريح الا بأذنه . وان اشتريت فاكهة فأهدته . فان لم تفعل فادخلها سراً . ولا يخرج بها ولدك ليغيظ بها ولده . ولا تؤذ به بقتار « رائحة » قدرك الا أن تعرف له منها » ثم قال « أتدرون ما حق الجار والذي نفس محمد بيده لا يبلغ حق الجار الا من رحمه الله »

وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم (إن ثلاثة تصوم النهار وتقوم الليل وتؤذي جيرانها يقال هي في النار) وقال عليه الصلاة والسلام (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره) ومن ذلك يتضح أنه يجب على الانسان أن يكرم جاره ويساعده ويغار عليه كما يغار على نفسه وبالأولى يجب عليه أن لا يعمل بينائه أو غيره عملاً يضر بالجار ضرراً يئلا لا يحتمل عادة وهو الذي يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة كمنع الضوء والهواء بالكلية بأن يبنى بناء يسد به نوافذ جاره أو يجعل شبابيك مقر رجاله في داره الحديثة أمام شبابيك مقر نساء جاره القديم أو يحدث بيدراً في مهب الريح وبجواره دُور أو محال تجارية أو صناعية بحيث يضر غباره أمتعة أصحابها أو أن يحدث مصنفاً للحديد أو النحاس أو نحوها أو آلة بخارية وسط منازل السكنى تقلق راحة السكان وتوهن مبانيهم وأن يحفر بالوعة

أو مجرى أو مسيلاً أو ما شاكل ذلك بجوار بناء جاره إذا كان في احداثه ضرر للبناء وقس على ذلك كل ما يكون في احداثه ضرر بين الجار واحكم بانه غير جائز ويمنع فاعله شرعاً .

أما إذا أحدث شخص لنفسه ضرراً كما إذا جعل شبابيك مقر نسائه أمام مقر رجال جاره أو بنى في مهب يندر قديم أو نحو ذلك فلا يؤمر جاره بإزالة الضرر عنه بل إذا تضرر هو فعليه إزالة الضرر عن نفسه وليس للجار أن يجبر جاره على إقامة بناء أو نحوه على حدود ملكه ليكون فاصلاً بين ملكيهما بل من يريد ذلك عليه أن يحد منه من ماله

لم يرد في القانون المدني من حقوق المعاملات الجوارية إلا ما جاء في (المواد ٣٨ و ٣٩ و ٤٠ و ٤١) فمادة ٣٨ موافقة لما جاء بالمادة ٦٩ من كتاب مرشد الحيران التي نصها (لا يجوز للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو غيره على حدود ملكه ولا أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض القائم عليها الحائط) إلا أن مادة القانون تزيد منع الجار من هدم الحائط المملوك له إذا كان في ذلك ضرر بين بجاره وذلك أيضاً موافق للحكم الشرعى فإن الفقهاء نصوا على أنه إذا ترتب على هدم جدار دار انهدام جدار الجار الملاصق له أو وهنه فلا يجوز هدمه إلا بعد أن يأخذ جاره الاحتياط لحفظ مبانیه والمواد ٣٩ و ٤٠ و ٤١ خاصة ببيان تحديد المسافة بين المسكنين أو المساكن والحال الأخرى وقد سبق بيانها

حكم التصرف

في الحائط المشترك

إذا كان لجارين حائط مشترك بينهما فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فيه تصرفاً يضر به إلا باذن شريكه وذلك كرفع أخشابه من أسفل

الى أعلى أو بتحويلها من اليمين الى الشمال أو بالعكس أو بوضع أخشاب عليه أكثر من المعتاد أو بتعليته أو بفتح نوافذ فيه سواء كان هذا التصرف يوافق الرسم المعتاد أم لا . أما اذا كان شيء من هذا التصرف لا يضر فقال بعض الفقهاء انه لا يجوز أيضاً الا باذن الشريك وقال البعض الآخر انه اذا وافق الرسم المعتاد جاز والا فلا يجوز وهذا هو الظاهر لاختلاف شكل البناء وارتفاع السقف باختلاف العرف والعادة والزمان والمكان ، واذا كان لأحدهما أخشاب عليه وأراد الآخر أن يضع مثلها فان كان الحائط يحتمل الجميع فله ذلك والا أجبر من له الأخشاب على أن يرفع منها بقدر ما يزيد على نصف ما يحتمله الحائط ليتمكن الآخر من وضع أخشابه تحقيقاً للمساواة بينهما في الانتفاع

كتاب اسباب الملك التام

سبق لنا تعريف الملك في الكلام على الملكية وبيان أنه يتعلق بالأعيان المالية وبالمنافع وبالحقوق وفصلنا أسباب ملك المنفعة وملك حقوق الارتفاق والآن نبين أسباب الملك المتعلق بالأعيان وهو ما يسمى بالملك التام أي الذي يجعل لصاحبه حق التصرف المطلق فيما يملكه ما دام مشروعاً وهي نوعان عقود وغير عقود

فالعقود ثلاثة : البيع . والهبة . والوصية . وغير العقود ثلاثة أيضاً وهي الميراث . والشفعة . ووضع اليد على الأموال المباحة

أما القانون المدني فقد ذكر أسباب الملك والحقوق العينية في مادة واحدة وهي المادة ٤٤ . وبيانها (١) العقود (٢) الهبة (٣) الميراث (٤) الوصية (٥) وضع اليد (٦) إضافة الماحقات للملك (٧) الشفعة (٨) الماسة الطويلة وهي فيما عدا مضي الماسة الطويلة موافقة لأسباب التملك الشرعي بقطع النظر عما يتعلق بالحقوق العينية

العقود التي تفيد الملك

(١) البيع

البيع معناه لغة مطلق المبادلة سواء كانت مبادلة مال بمال أم لا لقوله تعالى « ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة » ومعناه شرعاً مبادلة المال بالمال والمراد المال المتقوم وحكمه أنه متى استوفى شرائطه كان لازماً أي لا يستقل أحد المتعاقدين بفسخه بل لا بد من رضا الآخر وترتب عليه أثره وهو ملك المشتري للمبيع والبائع للثمن بمجرد تمام العقد ولو لم يحصل تسليم ولا تسلم وسيأتي الكلام على البيع مفصلاً في محله

(٢) الهبة « ١ »

الهبة معناها لغة مطلق التبرع والتفضل على الغير سواء كان بمال

أم بغيره لقوله تعالى «فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرْتِئِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ» وقوله «وَوَهَبْنَا لِدَاوُدَ سُلَيْمَانَ»

ومعناها شرعاً تملك المال في الحال بلا عوض أما تملك غير المال كالمنافع وملك المال بعد الموت أو بعوض فلا يسمى هبة وقد اختلف في الهبة بشرط العوض فقال الامام أبو حنيفة انها هبة ابتداء وبيع انتهاء ويتفرع على ذلك انها قبل تسليم العوض لا تملك الا بالقبض التام المستوفي لشرائطه الآتى بيانها ولا تنفذ فيها تصرفات الموهوب له قبله ويجوز للواهب التصرف فيها وغير ذلك من الاحكام . وقال صاحبان انها بيع ابتداء وانتهاء فتملك بمجرد تمام العقد ولا تنفذ فيها تصرفات الواهب الا باجازة الموهوب له وهذا هو الظاهر والأول هو الذى عليه الفتوى هذا اذا كان العوض مالا فان كان غير مال بأن كان منفعة أو عملاً أو كفوفاً عن عمل شئ فلا يكون بيعاً وركنهما الايجاب والقبول وليس لهما ألفاظ مخصوصة بل كل ما أفاد تملك المال في الحال بلا عوض يصح أن يكون ايجاباً وقبولاً

وأما شروطها فمنها ما يكون في الواهب ومنها ما يكون في الموهوب له ومنها ما يكون في الشئ الموهوب . فأما الشروط التى في الواهب فهي أن يكون حراً بالغاً مختاراً غير محجور عليه لدين أو سفه ماله الكا للعين الموهوبة فمن استوفى هذه الشرائط صحت هبته ولو بكل ماله على رأى الامام وأبى يوسف لأى شخص شاء سواء كان له ورثة أم لا وقال محمد وبعض المحققين من الحنفية انه لا يصح التبرع بكل المال ولو في وجوه الخير وعدوا من يفعل ذلك سفيهاً يجب الحجر عليه كما سيأتى

وهذه الشروط انما هي بالنسبة للصحيح أما المريض وهو الذى يعجز عن مباشرة أعماله وينتهي مرضه بالموت فحكم هبته كحكم الوصية الآتى بيانها. وأما الشروط التى فى الموهوب له فهي أن يكون موجودا تحقيقا وقت الهبة بأن يكون مولودا ولو صغيرا لا يعقل أو مجنونا ويقبل عنه وليه أو وصيه أو من يرييه ولو كان أجنبيا عنه ويقبضها له أما اذا لم يكن موجودا أصلا أو كان موجودا تقديرا بأن كان جنينا فى بطن أمه فلا تصح له الهبة مطلقا بل تكون باطلة

وأما الشروط التى فى الشيء الموهوب فخمسة . الأول أن يكون موجودا تحقيقا كما ذكر فلا تصح هبة ماستخرج الأشجار من الثمار أو تلد الدابة من النتاج. الثانى ان يكون مالا متقوما. الثالث أن يكون مملوكا فى نفسه. الرابع أن لا يكون متصلا بملك الواهب اتصال قرار كالزراع والشجر والبناء دون الارض بل يجب فصلها وتسليمها حتى تملك للموهوب له أما اذا لم يكن الاتصال اتصال قرار بل اتصال مجاورة بان كان الموهوب مشغولا بملك الواهب أو شاغلا له فالحكم أنه فى الصورة الأولى لا يكون التسليم معتبرا الا اذا كان بعد اخلاء الشيء الموهوب تماما وتسليمه فارغا منه وفى الصورة الثانية يصح التسليم ويكون معتبرا شرعا بمجرد التخلية بين الموهوب له والشيء الموهوب والمراد بالتخلية ازالة الموانع من الاستلام والاذن بالأخذ . الخامس أن يكون مفزعا أى غير مشاع ولكن هذا ليس على إطلاقه بل فيه تفصيل وبيانه : أن المشاع اما أن يكون قابلا للقسمة أى يمكن الانتفاع به بعد القسمة الانتفاع الأصلي أولا . والهبة اما أن تكون للشريك أو

لغيره فان كانت هبة المشاع للشريك صحت سواء كان قابلا للقسمه .
أم لا وان كانت لغيره فان كان غير قابل للقسمه صحت أيضا وكان استلامه
الموهوب مشاعا معتبرا لانه لا يمكن الافراز الا بضرر وهو يزال شرعا
وان كان قابلا للقسمه لاتصح الهبة ولا تملك الا اذا سلم الموهوب
بعد الافراز بأن يقسم ثم يسلم ولو بعد صدور عقد الهبة وذلك لقوله
عليه الصلاة والسلام (لا تجوز الهبة الا مقبوضة) أى لاتصح .
والقبض اذا أطلق ينصرف للكمال منه ولا يكون كاملا الا اذا دخل
في حوزة القابض من كل وجه والمشاع ليس كذلك لانه بعد القبض
يكون في حوزته من وجه وفي حوزة شركائه من وجه آخر ومن
الممكن جعله في حوزته وحده بقسمته أولا . والحكمة في ذلك أن
الهبة عقد ضعيف لعدم البذل فيها فيجب في ثبوت الملكية أن يتقوى
بالقبض . ويتفرع على ما ذكر أنه لو استلم الموهوب له الهبة مشاعة فيما
يقبل القسمه لا يملكها ولا تنفذ فيها تصرفاته ويضمنها بمثلا أو قيمتها
ان استهلكها ويجوز للواهب أن يستردها بدون قضاء ولا رضاء ويتصرف
فيها بسائر التصرفات الشرعية . وحكمها أنها متى استوفت شرائطها تفيد
المالك بالقبض التام المعتبر شرعا وهو ما كان باذن الواهب صراحة
كخذ العين الموهوبة لك أو دلالة كأن يأخذها الموهوب له بحضور
الواهب ولم ينهه عن أخذها فان نهاه فلا يكون القبض معتبرا

وقال الامام مالك رضى الله عنه ان الهبة تملك بمجرد العقد كالبيع ولو
لم يقبضها . وملك الهبة بعد القبض غير لازم عند الحنفية فيجوز الرجوع
فيها مع السكراة بحكم من القاضى مادام الرجوع ممكنا والدليل على

ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحقُّ بِبَيْتِهِ مِمَّا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا » أي لم يعوض عنها

وتبطل الهبة إذا مات الواهب أو الموهوب له أو هلك الشيء الموهوب قبل التسليم وقال الامام مالك لا تبطل لأنها تملك عنده بمجرد العقد كما سبق وأحكام الهبة المذكورة بأوسع بيان في قسم الأحوال الشخصية .

أما ما يتعلق بعقد الهبة قانوناً فأحكام قليلة جداً لأن لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت في المادة (١٦) على أنه لا يجوز للمحاكم الأهلية النظر في الهبة لتعلقها بالأحوال الشخصية وما ذكر منها قانوناً يقتضيه شروط الهبة . وشكل عقدها ، وحكمها . وما يبطلها وذلك مدون بالمواد من (٤٨ - ٥٢) بالتسلسل فأما شروطها فكلها موافقة للنصوص الشرعية ماعدا ما جاء بالمادة (٥١) من أن الهبة لا تبطل بموت الموهوب له قبل القبول ولورثته حق قبولها فإن الشرعية توجب ارتباط القبول بالإيجاب في جميع العقود ماعدا عقد الوصية

وأما شكل عقدها فقد اشترط القانون أن يكون رسمياً فإن لم يقترن القبول بالإيجاب وجب أن يكون كل منهما رسمياً أيضاً والا كانت باطلة وذلك فيما عدا ما إذا كان الموهوب منقولاً وتسلمه الموهوب له من الواهب — والشرعية لا تشترط ذلك — وأما حكمها قانوناً فهو إفادة الملك بمجرد العقد وهو موافق لرأي الامام مالك رضي الله عنه وإسكنها لا يتم إلا بالقبض إلا إذا كان الموهوب عقاراً مسجلاً فإنه يجوز للواهب وضع يده عليه . ولا يجوز الرجوع فيها متى كان العقد رسمياً أو منقولاً وتسلم . والقبض في العقار بالتخلى وفي المنقول بالمعاطاة . ويبطلها : الأكرام على الأعتاء أو الأخذ . وكون عقدها غير رسمي في العقارات والمنقولات التي لم تسلم للموهوب له . وموت الواهب أو فقد الأهلية قبل القبول . أما الموهوب له

فقد سبق أن موته لا يبطلها وبالأولى لا يبطلها فقد أهلية ويكون للورثة حق قبولها لأن ارتباط القبول بالإيجاب ليس بشرط قانونا

(٣) الوصية « ١ »

الوصية إما أن تكون بالأعيان وإما أن تكون بالمنافع فالوصية بالمنافع سبق بيانها في الكلام على أسباب ملك المنفعة وحق الانتفاع والوصية بالأعيان هي المرادة هنا لأنها هي التي تفيد الملك التام واليك بيانها بالاختصار

الوصية معناها شرعا تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع وركنها الإيجاب والقبول وهذا العقد ليس كبقية العقود في وجوب ارتباط القبول بالإيجاب في مجلس العقد بل القبول فيها لا يكون معتبرا شرعا إلا بعد وفاة الموصي وأما قبل وفاته فلا يكون معتبرا ولا يفيد تملك العين الموصى بها بل يكون للموصى ما دام حيا الحق في إبطال الوصية والتصرف في العين الموصى بها التصرف المطلق ويترتب على ذلك أنه إذا قبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى صراحة كأن يقول قبلت أو أخذت أو دلالة كأن يموت الموصى له بعد وفاة الموصى قبل القبول والرد فانه يملكها حال حياته وتورث عنه إذا مات وإذا بطلت الوصية ورجعت العين الى ملك ورثة الموصى ولا فرق في صحة الوصية بين صدورها من الموصى حال صحته أو في مرض موته

وللوصية شروط كثيرة منها ما يكون في الموصي ومنها ما يكون في الموصى له ومنها ما يكون في العين الموصى بها فالشروط التي تكون في الموصى هي أن يكون حراً بالغاً عاقلاً غير مدين ديناً مستغرقاً لتركته والتي في الموصى له أن يكون موجوداً ولو تقديرًا بأن كان جنيناً وقت وفاة الوصي إذا كانت الوصية لغير معين كأن قال أوصيت لأولاد فلان بكذا فإن كانت لمعين اشترط وجوده وقت الوصية ووقت وفاة الموصى . وأن يكون غير وارث والتي في العين الموصى بها أن تكون مالا متقومًا مملوكًا في نفسه وللموصي وقت وفاته وألا تريد على ثلث التركة ان كان له وارث وحكمها أنها تفيده الملك بالقبول ولو قبل الاستلام وذلك على التفصيل الآتي وبيانه

أن الموصى إما أن يكون له ورثة أولاً . وعلى كل فاما أن يكون مدينًا أو غير مدين وإذا كان مدينًا فاما أن يكون دينه مستغرقاً لتركته أولاً . والموصى له إما أن يكون وارثاً أو غير وارث . والموصى به إما أن يكون مساوياً لثلث التركة أو أقل أو أكثر . فإن كان الموصى لادين عليه ولا وارث له جاز له أن يوصي بماله كله أو بعضه لمن يشاء وإن كان مدينًا ديناً مستغرقاً لتركته فلا تنفذ وصيته بأي مقدار كان لاي شخص كان الا اذا أجازها الدائنون سواء كان له وارث أم لا لأن حق الدائنين في التركة مقدم على حق الورثة وإن كان غير مدين أصلاً وله ورثة فإن كانت الوصية لوارث فلا تنفذ سواء كان الموصى به قليلاً أم كثيراً الا باجازه الورثة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية لوارث »

الآن أن تجيزها الورثة» إذ لا يخفى ما ينتج عن تفضيل بعض الورثة على بعض من الشقاق والبغضاء المنهى عليه بقوله تعالى « وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ » وإن كانت لغير وارث فإن كانت مساوية لثلث التركة أو أقل نفذت بدون توقف على اجازة الورثة وإن كانت بأكثر نفذت فيما يساوي الثلث وتوقفت على الاجازة فيما زاد عن الثلث وذلك لما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال « جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من مرض اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأوصي بثلاثي مالي قال لا قلت فاشترط يا رسول الله قال لا قلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير . لأن تترك ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » وإن كان مديناً ديناً غير مستغرق لتركته بأن كان دينه ألف جنيه مصري وتركته تساوي أربعة آلاف اعتبر ما يساوي الدين تركة مستقلة مستغرقة بالديون والباقي تركة خالية عنها وأعطى لكل منهما حكمه وبقية أحكام الوصية المذكورة بأوسع بيان وأحسن تفصيل في الأحوال الشخصية

لم يتعرض القانون المدني لأحكام الوصية لأن المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية لم تجز نظرها في هذه المحاكم ولهذا أحال القانون بالمادة (٥٥) كل طائفة على أحوالها الشخصية فيما يختص بعقد الوصية

غير العقود التي تفيد الملك

(١) الميراث (١)

الميراث له معان كثيرة فيطلق على الارث وعلى ما يتركه الميت لورثته . وعلى علم الميراث الذي يعرف به الوارث من غيره ونصيب كل وارث . والمسلمون يتبعون في توارثهم أحكام الشريعة الغراء المبينة في محلها . وأما الذميون فيتبعون في توارثهم أحكام أحوالهم الشخصية لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه « أُمِرْنَا بِتَرَكِهِمْ وَمَا يَدْرِيُونَ » فان تراضوا وترافعوا الى القاضي الشرعي حكم بينهم بمقتضى نصوص الشريعة الاسلامية لقوله تعالى « فَاِنْ جَاءَكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ »

ليس في القانون المدني ما يخالف ما ذكر فقد جاء بالمادة ٥٤ مانعه « يكون الحكم في الموارث على حسب المقرر في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها التوفى . أما حق الارث في منفعة الأموال الموقوفة فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية » وهى الشريعة الاسلامية . وقد استثنى شارح القانون من عموم المادة المذكورة حالة أخرى وهى ما اذا اختلف الورثة من الأقباط أمام البطريركخانه فانهم في هذه الحالة يتوارثون على مقتضى الشريعة الغراء (شرح القانون ص ٧٧)

(٢) كتاب الشفعة

الكلام على الشفعة ينحصر في: تعريفها . وأصل مشروعيتها .
وأسبابها . وما تثبت فيه وما لا تثبت . وطلباتها . وأحكامها . والتصرف
فيها . واستحقاقها . وتجزئتها . وما يسهطها . واليك بيان كلِّ

تعريف الشفعة

الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر يقال شفع
الرجل شفعاً اذا ضم اليه آخر وهذا المعنى ملحوظ في هذه التسمية لان
الشفيع يضم المأخوذ بالشفعة الى ملكه
ومعناها شرعاً حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً على
المشتري بما قام عليه من الثمن والمصاريف

أصل مشروعيتها

الشفعة مشروعة على خلاف القياس بالسنة والاجماع أما السنة
فقوله عليه الصلاة والسلام « الْجَارُ أَحَقُّ بِشَفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بَيْنَهُمَا
وَأَنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقَهُمَا وَاحِدًا » وقوله « جَارُ الدَّارِ
أَحَقُّ بِالدَّارِ مِنْ غَيْرِهِ » وما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبي
صلى الله عليه وسلم « قَضَى بِالشَّفْعَةِ فِي كُلِّ شَرِكَةٍ لَمْ تُقَسَّمْ رُبْعَةً
(محلة الشخص) أو حائط (بستان) أو أرض لا يحل له أن يبيع
حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك وإن باعه ولم يؤذنه

فهو أحقُّ به» وعن عبادة بن الصامت رضى الله عنه ان النبي عليه الصلاة والسلام «قضى بالشفعة بين الشراكاء في الأرضين والدور» وأما الاجماع فهو ما نراه من الأخذ بها في كل زمان ومكان من غير تكثير على ذلك من أحد أئمة الاسلام . وانما كانت شرعيتها على خلاف القياس لأن الأصل في الشريعة الغراء أن لا يسلب شخص حق الملكية إلا برضاه ولا يجوز انتزاع هذا الحق جبراً عنه الا بمسوغ شرعي كما هنا

حكمة مشروعية الشفعة

حكمة مشروعية الشفعة عند الامام أبي حنيفة وأصحابه دفع الضرر الدائم عن الشفيع الذى ربما ينشأ من المشتري بسبب سوء المعاشرة والمعاملة لاسيما اذا كان يضاده في الأخلاق والعادات فان الضرر يكون حينئذ عليه أشد والأذى له ألزم ففي آثار الحكماء «أضيق السجون معاشرة الأضداد» وقد بنيت هذه الحكمة على ما قرره الأصوليون من أنه لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وان الضرر يزال شرعاً وعلى هذا ففي كل شراء يخشى منه ضرر دائم لمن يتصل عقاره بالمبيع يكون له حق دفع هذا الضرر بالأخذ بالشفعة ولا فرق بين أن يكون الاتصال بالشركة أو بالجوار في ثبوت هذا الحق كما سيأتى . وقد لاحظ الفقهاء أن هذه الحكمة أى خوف حصول الضرر للشفيع تضعف جداً أمام حرمان المشتري من التمتع بربحه في البيع الذى قد يكون كثيراً جيداً ويظهر ذلك جلياً في بيع الأصول لفروعهم مثلاً بعض

عقارهم أو كله بالثمن البخس فأخذه بالشفعة يوجب بالتحقيق ضرراً للمشتري أشد من ضرر الشفيع بجواره له ومما يزيد هذه الحكمة ضعفاً أن الشفعة في ذاتها لا تدفع ضرر الجوار الجديد لأن الأخذ بها يحدث جواراً جديداً أيضاً فيقع الشفيع فيما فر منه ولا تظهر هذه الحكمة جلياً الا اذا كان المبيع مشاعاً لا يقبل القسمة كما لا يخفى فلهذا قالوا ان حق الشفعة ضعيف يسقط بأوهي الأسباب ودونوا الاستقاطح من الحيل ما لا يدخل تحت حصر وقد بالغوا في ذلك فقال بعضهم انه اذا كان الاخبار بالبيع في أول الكتاب أو وسطه وأتم قراءته قبل الطلب بطلت شفעתه

قد لاحظت ذلك الحكومة المصرية أيضاً فنصت في المادة الثالثة من قانون الشفعة على أنه لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة

سبب الأخذ بالشفعة

سبب الأخذ بالشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع اتصال شركة أو اتصال جوار من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة والشركة على ثلاثة أنواع : شركة في نفس العقار المبيع بأن يكون لأخوين منزل وراثه عن أبيهما ولم يقتسما . وشركة في أرض الحائظ بأن كانا في المثال السابق قد اقتسما المنزل وأبقيا أرض الحائظ الفاصل بينهما مشتركة . وشركة في حقوق الارتفاق بأن كان لاثنين أو أكثر

شرب خاص أو طريق خاص . وقد اختلف الفقهاء في تفسير الشرب الخاص فقال الامام ومحمد انه النهر الصغير الذي لا تجرى فيه السفن وقال عامة المشايخ انه ما يحصى ما يسكوه عدداً ولكنهم اختلفوا فيما يحصى فقال بعضهم هو ما كان أقل من خمسمائة . وقال البعض الآخر هو ما كان أقل من أربعين . وقال آخرون يفوّض الرأي الى القاضي ليفصل فيما اذا كان الشرب عاماً أو خاصاً . والطريق الخاص هو ما كان غير نافذ فاذا باع شخص داره التي بابها في هذا الطريق الخاص كان لجميع الشركاء في الطريق وهم الذين أبواب دورهم فيه حق الأخذ بالشفعة ولو لم يكونوا ملاصقين للدار المبيعة لأن حق الارتفاق مقدم على الجوار واذا تفرع من الشرب الخاص أو الطريق الخاص شرب خاص أو طريق خاص أو أكثر وباع أصحاب الداخل منهما عقاره كان لشركاء فيه خاصة حق الشفعة دون أصحاب الخارج أما اذا باع أحد أصحاب القسم الخارج عقاره فلاجميع حق الأخذ بالشفعة بلا فرق بين أصحاب الداخل والخارج لأن لهم كلهم حق المرور في القسمين هذا كله اذا لم يكن في الطريق الخاص مسجد عام والا كان من أوله الى باب المسجد طريقاً عاماً . وحكم الطريق العام انه لا شفعة فيه الا لاجار الملاصق ولو لم يكن باب داره في الطريق الذي فيه باب الدار المبيعة ولا فرق في ذلك بين أن يكون الطريق واسعاً أو ضيقاً وبين أن يكون الجزء الملاصق من دار الشفيع للمبيع قليلاً أو كثيراً فقدر شبر واحد ملاصق يثبت لصاحبه حق الشفعة في كل المبيع كما يثبت لمن كان ملكه ملاصقاً من جهتين على السواء

وتد جرى على ذلك قانون الشفعة فيما يختص بالشفعة في العقارات المبنية أو المعدة للبناء سواء كانت في المدن أو القرى ولكنه في الأرض المعدة للزراعة اشترط في الجوار أن يكون من جهتين وأن يكون ملك الشفع الذي يشفع به لا يقل ثمنه عن نصف ثمن المقتار المشفوع (مادة أولى فقرة ثانية) ولم تفرق الشريعة الغراء في الجوار بين أرض البناء وأرض المزارع بل جعلت حق الشفعة في كل منهما للجار مهما قل الجزء المجاور من ملكه لا يبيع

أما اذا كان بين الجارين فاصل فلا شفعة وقيل ان كان الفاصل صغيراً بحيث لا يصلح أن يكون ممراً ثبتت الشفعة للجوار حكماً والا فلا شفعة والأول هو المعتمد.

ويعتبر كل من صاحب العلو والسفل جارا ملاصقا ان كان لكل منهما باب وحده وكان أحدهما أو كل منهما في طريق عام فان كان باهما واحداً أو لهما بابان في رفاق غير نافذ فهما شريكان في حقوق الارتفاق وانما ثبتت الشفعة في البناء وبه وحده هنا على خلاف القياس لشبهه بالعنار في دوام الجوار. واختلف في البناء على الأرض المحتكرة فأثبت ابن الكمال والقاضي أبو السعود فيه الشفعة كحق النعل لما لكل منهما من حق التمرار. وقال بعض الفقهاء لا شفعة فيه لأن حق التمرار قد يزول بامتناع المستأجر عن دفع الأجرة فتزول منه الأرض المحتكرة

وقد جرى هذا الخلاف بعينه بين رجال القانون الأهلي فحكم بعضهم بثبوتها كما رأه ابن الكمال (انظر حكم الاستئناف الأهلي في ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المحاكم سنة رابعة) وحكم بعضهم بعدم ثبوتها كما رأه جمهور الفقهاء (انظر حكم محكمة مصر في ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ المحاكم سنة رابعة)

وواضع أخشاب سقف داره على الحائط المملوك جميعه لجاره
والشريك في خشبة أو أخشاب عليه والشريك في بناء الحائط فقط
دون الأرض القائم عليها يعتبر جارا ملاصقا لا شريكاً لأن وضع الأخشاب
على ملك الغير والشركة في المنقولات وان كثرت وتعددت أنواعها
لا تجعل لأصحابها امتيازاً على غيرهم من الجيران بل الكل متساوون
في استحقاق الشفعة بالجوار اذا لا عبرة بالشركة في المنقول

ترتيب الشفعاء

ترتيب الشفعاء تابع لشدة الضرر الذى يلحقهم وقتله فكما كان
الضرر أشد على شخص كان أحق بالشفعة من غيره وليس للأقل ضرراً
أن يأخذ مع وجود الأثر أكثر ضرراً الا اذا أعرض عنها
ولما كانت شدة الاتصال موجبة لشدة الضرر وبالعكس كان
ترتيب الشفعاء كما يأتى

أولاً - الشريك في نفس العقار

ثانياً - الشريك في أرض الحائط

ثالثاً - الشريك في حق الارتفاق

رابعاً - الجار الملاصق

فإذا لم يوجد مستحق للشفعة الا واحداً من هؤلاء فهي له لعدم
المزاحم وان تعدد الشفعاء فالأول مقدم فان لم يوجد أو سقطت شفעתه
فالثاني وهكذا واذا تعدد أهل رتبة واحدة كالشركاء في نفس المبيع
او في حقوقه أو الجيران وطلب الجميع الشفعة وأخذوها بالرضا أو

القضاء قسمت الأرض المشفوعة بينهم بالتساوى على رأى علماء الحنفية واستدلوا على ذلك بدليلين ثقل وعقل فالثقل قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة على رؤوس الرجال » . والعقل أن الشفعاء استووا في سبب استحقاق الكل لكل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل سواء كان ما يشفع به قليلاً أم كثيراً والتساوى في السبب يوجب التساوى في الأخذ ويترتب على ذلك أنه لو كان لأربعة أشخاص مثلاً عقار مشترك وباع أحدهم نصيبه لأحد الشركاء فلآخرين حق الأخذ بالشفعة ويجعل المشتري كأنه شافع مع من طلب فيأخذ مثله مما اشتراه ويحكم بالباقي للشفيع

وقال الامام الشافعي ان الشفعة تقسم بين الشفعاء بنسبة أملاكهم مستدلاً على ذلك بأن الشفعة من مرافق الملك وفوائده فهي تشبه الثمرة والغلة والتناج وهذه تتبع الملك كثرة وقلة

وإذا أسقط بعض المستحقين حقه فان كان الاسقاط قبل الحكم بالشفعة قضى بالكل لمن بقى لأن التجزئة لا تكون الا مع المزاخمة وقد انتفت . وان كان الاسقاط بعد الحكم لا يأخذ الباقي نصيب التارك لأن القضاء يقطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر هذا كله اذا كان جميع الشفعاء حاضرين فان كان البعض حاضراً والبعض غائباً أو كان الكل غائبين حكم للحاضر أو لمن يحضر بالكل لأن الغائب يحتمل أن لا يطلب والشك لا يستوجب تأخير الحكم في كل الحق أو بعضه الى حين حضوره . واذا حضر الغائب وطلب الشفعة مستوفية شرائطها ينظر : فان كان مساوياً لمن حكم له في الرتبة أشركه

القاضي معه في الشفعة وان كان أقوى منه أبطل الحكم الأول وحكم له بالكل وان كان أثل في الرتبة لا يسمع دعواه

ويجب على كل من حضر من الشفعاء أن يطلب الشفعة في الكل ولو كان له شركاء متساوون معه في الرتبة أو كان هناك من هو أقوى منه لأن غيره قد لا يطالب أو قد تسقط شفعته أو قد لا يؤدي طلباتها الأداء المطلوب شرعا فان تأخر أو طلب البعض سقطت شفعته

الترتيب القانوني للشفعاء

(١) مالك الرقبة — في حالة ما اذا كان العقار مملوكا لشخص ومنفعته مملوكة لآخر ثم باع مالك النفعة منفعة ولا شفعة لغير مالك الرتبة حتى اذا لم يأخذ لا تنتقل لغيره لأن الشفعة هنا تثبت على خلاف القياس وما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه — وهذا النوع من الشفعة غير معروف في الشريعة لأن ما ترتب عليه وهو بيع النفعة غير معروف فيها بل العقد على المنافع بعوض يسمى اجارة

(٢) الشريك الذي له حصة مشاعة
(٣) صاحب حق الانتفاع
(٤) الجار المالك (مادة ٧)

هذا الترتيب موافق تماما للمذهب الحنفي

التقسيم القانوني للشفعة على الشفعاء

التقسيم المذكور موافق لمذهب الامام الشافعي السابق ذكره أي أن العقار المشفوع يقسم قانونا بنسبة ملاك الشفعاء

استقاط البعوض حقه قبل الحكم وبعده فإنونا

لم أر في القانون ولا في شرحه ما يخالف الأحكام المذكورة على المذهب
الحنفي فيما يختص بهذا الاستقاط

ما ثبت فيه الشفعة وما لا تثبت

الذي تثبت فيه الشفعة هو العقار المبيع بيعا مستوفيا لجميع الشروط
بعوض مالى ويؤخذ من هذا التعريف أنها لا تثبت فيما يأتى :
أولا - فى المنقول مطلقا الا اذا كان تابعا للعقار أو كان بناء لعلو
على سفلى لا آخر أو بناء على أرض محتكرة على رأى بعض الفقهاء وقال
الامام مالك ان البناء والاشجار عقار فتصح فيهما الشفعة عنده
ثانيا - فى العقار غير المبيع بأن ملك بهبة غير مشروط فيها العوض
أو وصية أو ميراث

فاذا كانت الهبة مشروطا فيها العوض وسامت العين الموهوبة
دون العوض . فقال الامام أبو حنيفة لا تثبت الشفعة الا بعد أخذ
العوض . وقال صاحبان تثبت لأنها عندهما بيع من وقت العقد وعند
الامام من وقت تسليم العوض وقد سبق بيان ذلك

ثالثا - فى العقار المبيع اذا لم يستوف شرائطه فان كان باطلا فلا شفعة فيه
أصلا لانعدام عقد البيع المبني عليه الشفعة وان كان فاسدا فكذلك الا اذا
انقطع فيه حتى الفسخ ومما يقطع حتى فسخه زيادة المشتري فيه بناء أو غراسا
أو التصرف فيه بما يخرج به عن ملكه كالبيع والهبة مع التسليم والوقف
ومتى حصل شيء من ذلك وجب على المشتري قيمته وتثبت فيه الشفعة

وان كان موقوفا على الاجازة فلا شفعة فيه الا بعد اجازته اجازة معتبرة شرعا وسيأتى بيانها وان كان غير لازم بأن كان للبائع خيار شرط فيه فلا شفعة حتى يحجز العقد أو تمضى أيام الخيار بلا اجازة ولا فسخ بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري

رابعا - اذا كان العوض غير مال كأن جعل العقار مهراً أو بدل خلع أو عتق أو صالح عن دم العمد أو أجره طيب أو مسكن أو أرض زراعية ولا فرق في عدم ثبوت الشفعة بين اعطاء كل العقار في مقابلة ما ذكر وبين أن يقابل بعضه بالمال كأن يتزوج امرأة على أرض أو دار على أن ترد عليه مائة جنيه مصرى اذ معنى البيع تابع في هذا العقد للزواج لأنه وان اشتمل على زواج وبيع لكن المقصود منه الزواج بدليل أنه ينعقد بلفظ الزواج ولا شفعة في الأصل فكذا التبع وقال الشافعى ثبت فيما بيع بهذه الأشياء الثلاثة الأخيرة لأن المنافع عنده أموال فيصدق على كل منها أنه عقد بيع والحنفية يعتبرونه عقد اجارة

خامسا - في العقار المقسوم بين الشركاء لأن في القسمة معنى الافراز والشفعة لم تجز الا في المبادلة المطلقة
سادسا - فيمارد بخيار رؤية أو شرط أو بخيار عيب بقضاء وذلك كله بعد التسليم لأنه فسخ لا بيع أما اذا كان الرد قبل التسليم مطلقا أو بعده بعيب بلا قضاء أو كان الرد اقالة بلفظها فله الشفعة لأنها بمنزلة بيع جديد فان كانت الاقالة بلفظ مفاسخة أو متاركة أو ترادى فلا شفعة اتفاقاً

وقال زفر لا تثبت الشفعة بالرد بالعيب والاقالة ولو بغير قضاء لأن الرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة فسخ لا بيع لقصد هما ذلك والعبارة لقصد المتعاقدين وهو وجيه

سابعاً - في الوقف وسبب ذلك ظاهر لكن اذا بيع بمسوغه الشرعى تثبت فيه الشفعة

أما الذى تثبت فيه الشفعة فهو العقار المملوك للشفيع ملكاً تاماً من وقت البيع الى وقت الأخذ بالشفعة . أما غير العقار (الاما استثنى من العلو والسفل والبناء على الأرض المحتكرة) والعقار غير المملوك كالاستأجر والمرهون والمأخوذ من الحكومة . للانتفاع به والموقوف والعقار المملوك بعقد فاسد ولم ينقطع فيه حق الفسخ فلا تثبت به الشفعة (وليس في قانون الشفعة ما يخالف ذلك)

ويترب على جميع ما ذكر أنه اذا بيع عقار بيعاً مستوفياً لشرائطه بعوض مالى كان لكل من يتصل عقاره بهذا المبيع اتصال قرار حق الأخذ بالشفعة شرعاً بلا فرق بين عقد وآخر

نص القانون على عدم ثبوت الشفعة في أنواع من البيوع لم يرد في الشريعة الغراء نص على استثنائها وتلك الأنواع هي :

أولاً - ما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس الى آخر المادة الثالثة المذكورة في حكمة مشروعية الشفعة

ثانياً - الهبة بعوض فانها على القول المعتمد في المذهب الحنفي بيع ابتداء وانتهاء وكذلك في بقية المذاهب

ثالثاً - الصلح من خصوصية قائمة أمام المحاكم على عقار بترك العقار في مقابل

دين نقدي — وهو بيع تصح فيه الشفعة شرعاً (أنظر الصالح عن إقرار في كتاب الصالح)
 رابعاً — البيع المأخوذ فيه العقار للمنافع العامة لأنه لا فائدة للشفعة فيه
 خامساً — ما يبيع بالمزايدة أمام إحدى الجهات الإدارية أو القضائية بأحد
 السببين الآتين (١) إذا كان البيع لعدم إمكان قسمة العقار المبيع عينا بين الشركاء
 فيباع ويقسم ثمنه بينهم (٢) إذا كان لنزع الملكية قهراً . وثبت فيما يبيع بالمزايدة
 لغير هذين السببين أو بهما ولكن ليس أمام جهة مما ذكر — المادة (٣)
 سادساً — ما يبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به كالمسجد ومراقفها أما إذا
 بيع ليكون محلاً خيراً كالستشفيات والملاجئ فالظاهر أن فيها الشفعة لأنه لا نص
 عليها أنظر المادة (٦)

سابعاً — ما يبيع مقايضة بأن يبيع عقار بعقار كدار بأرض زراعية أو بستان
 أو عقار بقمي آخر من المنقولات . وعلى ذلك شراح القانون بأنه لو جازت
 الشفعة في بيع الدار بالبستان مثلاً لكان في أخذ الدار أو البستان بقيمتها نقوداً
 اكراه للبائع على بيعه ملكه بما لا يرضاه لأن كلا من المتقايضين إنما فرط في
 ملكه ليأخذ نفس البديل ولو عرض عليه ثمنه نقداً ربما لا يرضى به
 ولا تخفى حكمة استثناء هذه البيوع مما تثبت فيه الشفعة ولم أر في النصوص
 الشريعة الغراء ما يفيد استثناء شيء منها حتى ما يبيع جبراً للمنافع العامة مع ظهور
 عدم فائدة الشفعة حينئذ لأنها كذلك تنزع من الشفيع فأبحث لعلك تجد من
 النصوص ما يفيد عدم ثبوتها فيها

وبقية الأنواع المستثناة قانوناً من ثبوت حق الشفعة فيها كوضع العقار في
 الشركة وقسمته والبيع الباطل والفاقد والوقوف فإذاه على شرط والعلق على
 الشرط فلا شفعة فيها شرعاً كما يعلم من تتبع أحكام الشفعة (صفحة ٨٣ و ٨٤
 شرح القانون)

طلبات الشفعة

طلبات الشفعة ثلاثة وهي : طلب الموائبة . وطلب التقرير والشهاد .
وطلب الخصومة والتملك . واليك بيان كلٍّ

طلب الموائبة — سمي هذا الطلب بذلك لقوله صلى الله عليه وسلم
(الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَائِبَهَا) ومعنى الموائبة المبادرة لأنها مأخوذة من الوئب
وهو العدو الشديد لادراك شيء بسرعة وهذا الطلب يجب أن يعمل
الشفيع بمجرد علمه بالمبيع والتمن والمشتري فإن تأخر بلا عذر بطلت
شفعته لقوله عليه الصلاة والسلام (إِنَّمَا الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ عِقَالٍ إِنْ قَيَّدَهَا
ثَبَّتَتْ وَإِلَّا ذَهَبَتْ) وإذا لم يعلم بأحد هذه الأشياء الثلاثة وتأخر عن
الطلب لا تبطل لأنه إذا لم يعلم بالمبيع لا يمكن الطلب لجواز أن يكون
مما لا شفعة له فيه وإذا لم يعلم بالتمن يتعذر عليه معرفة ما إذا كان قليلاً أو
مناسباً خذاً أو كثيراً لا يمكنه دفعه فيترك وإذا لم يعلم بالمشتري لا يمكنه
معرفة أخلاقه ومكانته حتى إذا كان حسن العشرة ترك وإن كان سيئاً
طلب وطرق العلم مختلفة فقد يعلم بسبب اخبار البائع أو المشتري أو بواسطة
رسول أو خطاب من قبل أحدهما وهؤلاء لا تشترط عدالة المخبر منهم
بالمبيع اتفاقاً لأنهم أخصام والخصم لا تشترط عدالته فيجب الطلب عقب
العلم مباشرة وقد بالغ بعض الفقهاء في وجوب المبادرة بالطلب فقال إن كان
الاخبار بكتاب ذكر في أوله أو في وسطه البيع وفي آخره ما لا علاقة له به
فتمادى في القراءة إلى آخر الكتاب ثم طلب بطلت شفعته لا عراضه عن
الطلب عقب العلم ولكن الصحيح أنها لا تسقط لا اعتبار بمجلس العلم شيئاً
واحداً ما لم يظهر اعراضه وقد يكون الاخبار بواسطة فضولي وهو من

يشتغل بما لا يعنيه . وقد اشترط الامام فيه أن يكون عدلاً أو عدداً
أقله رجلان أو رجل وامرأتان . وقال الصحابة لا تشتط العدالة
ولا العدد بل يجب الطلب سواء كان الخبير عدلاً أم فاسقاً حراً أم عبداً
مذكراً أم مؤنثاً . وفي رواية عن محمد أن له التأمل الى آخر المجلس لأنه
تملك فلا بد من التروى وعلى ذلك يكون الطلب على المجلس طال أو
قصر ما لم يعرض أو يتشاغل بغير الطلب وهو وجيه وان كان القول بأنه
يجب على الفور هو المعتمد وفائدة هذا الطلب العلم بأنه غير معرض عن
الشفعة حتى يمكنه الحلف بأنه طابها على الفور اذا طالب منه الميمن
ولا فرق في لزوم الطلب باللسان بين أن يكون عنده انسان أو لم يكن
لما ذكر . وقال الحسن بن زياد ليس عليه أن يتكلم بالطلب اذا لم يكن
بمحضرته أحد . والظاهر أنه يكفي عنده نية الأخذ ويحاف على ذلك
ان طلب منه ويكفيه في ثبوت عدم الاعراض على رأيه

طلب التقرير والاشهاد - سمي هذا الطلب بذلك لأن به تقرر
الشفعة للشفيع أى تثبت ولا تسقط الا اذا أسقطها ولأن الاشهاد مقرر
به والمدة التى بينه وبين الطلب الأول هى بمقدار ما يتمكن من عمله
فان لم يكن عنده عذر يمنعه من عمله عقب طلب الموائبة وجب عليه عمله
حينئذ والا فعند زوال العذر . ومن الأعدار على ما قاله صاحب خلاصة
الفتاوى أن يعلم الشفيع بالشفعة لئلا ولم يقدر على الخروج للاشهاد فان
أشهد حين أصبح صح اشهاده ويقاس عليه ما شبهه من الأعدار .
وكيفية هذا الطلب أن يتوجه الى الأقرب من البائع اذا كان المبيع فى
يده وقيل لا يشترط استحسانا لكونه أحد العاقدين ومن المشتري مطلقاً

ومن الأرض المشفوعة ومعه رجلا أو رجل وامرأتان ويقول ان فلانا باع أرضه الفلانية ان أشهد عند غيرها أو باع هذه الأرض ان أشهد عندها وأنا شفيعها وقد طلبت طلب الموائبة والآن أطلبها طلب اشهاد وتقرير فاشهدا على بذلك . وفائدة هذا الطلب قطع حجة المشتري اذا أنكر الطلب ولذا قالوا انه لو بلغه البيع بحضور الشهود والمشتري أو البائع أو الأرض وأشهد حينئذ يكفيه ويقوم مقام الطلبين واذا قصد الشفيع الأبعد وأشهد عنده وترك الأقرب فان كانوا في بلاد مختلفة بطلت شفيعته وان كانوا في بلدة واحدة وكانت صغيرة فلا تبطل لأن البلدة الواحدة تعتبر كل محلاتها سواء أى كمحلة واحدة وان كانت كبيرة وقدروها بأنها ما كانت فرسخا في فرسخ اعتبرت كل جهة مستقلة عن الأخرى فلو توجه الى من ليس في جهته وأشهد عنده وترك من في جهته بطلت شفيعته

طلب الخصومة والتملك - سمي هذا الطلب بذلك لأن به يخاصم الشفيع المشتري أي يقيم عليه الدعوى طالبا تسليم العقار المشفوع اليه ونتيجة ذلك التملك والأخذ . والمدة الفاصلة بينه وبين الطلب الثاني يختلف فيها فقال الامام أبو حنيفة ليس لهذا الطلب مدة معينة بل للشفيع أن يطلب في أى وقت أراد لأن شفيعته تقررت بالاشهاد وقال محمد وزفر ان المدة الفاصلة بينهما مقدرة بشهر لأنه الحد الفاصل بين الزمن القريب والبعيد حتى لا يتضرر المشتري بالتأخير الى ما لا نهاية له لأنه لا يستطيع التصرف فيما اشتراه قبل سقوط الشفعة كما سيأتى والضرر يزال شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضررَ

ولا خيراً في الإسلام) هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الشفيع في هذه المدة يكون قد أعد الثمن والمصاريف وأقام عنه وكيلًا إن كان لا يستطيع المخاصمة قال شيخ الإسلام وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وأخلاقهم وقصدتهم الإضرار بالغير وهو رواية عند أبي يوسف وفي رواية عنه أنها لا تسقط إلا إذا ترك الشفعة بلا عذر في مجلس من مجالس القضاء المختصة بسماعها لأن ذلك دليل على اعراضه منه . وكيفيته أن يتوجه إلى القاضي ويدعي أن فلانًا باع أرضه الفلانية بكذا فلان وأنا شفيعها بأرضي الفلانية وقد طلبت الطلبين الأولين في وقتها الشرعي والآن أطلبها طلب خصومة وتملك فاحكم لي بها وأطلب سؤال المدعي عليه عن ذلك . وقبل السير في الإجراءات الأولية لمعرفة ما إذا كانت الشفعة ثابتة للمدعي أو لا يجب استحضار المشتري إن أقيمت الدعوى على البائع لأنه المالك ولا عبرة بعدم الاستلام وإن أقيمت على المشتري وجب استحضار البائع إن كان البيع في يده لأن له عليه يدًا محقة أصالة بخلاف نحو المودع أو المستعير فإن يدهم ليست بأصالة فلا يكون خصمًا وإن لم يكن المبيع في يد البائع فلا يجب استحضاره لأنه بالتسليم صار أجنبيًا . وبعد ذلك يسأل القاضي المدعي عما يشفع به وما إذا كان المشتري استلم المبيع أم لا حتى إذا كان استلمه ورفعت الدعوى على البائع يظلم أو يأمره برفعها من جديد على المشتري ثم يسأله عن وقت علمه بالشراء وماذا صنع وعن طلب الأشهاد والتقارير وكيفيته ووقته وعند من أشهد وهل كان من أشهد عنده أقرب إليه أو لا إلى غير ذلك ثم يسأل المدعي عليه عما إذا كان ما قاله المدعي صحيحًا أو لا فإن اعترف بصحته

حكم بالشفعة للمدعى والا طلب القاضى المينة ممن تجب عليه وتحليف
اليمين للآخر عند العجز عن اقامتها حتى يتبين طريق الصواب في الحكم
ثم يحكم بما يراه حقا وصوابا ولا يلزم أن يحضر الشفيع ما يدفعه ثنا
للشفعة وقت الحكم بل بعده والمدعى عليه حبس المبيع حتى يأخذ
الثن وقال محمد لا يحكم بالشفعة الا بعد احضاره لأن الشفيع ربما كان
مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يضيع مال المشتري والأول
هو المعتمد لأن ثمن الشفعة لا يستحق على الشفيع الا بعد الحكم فلا
يشترط احضاره قبله

وكما يصح أن يكون الخصم في الشفعة هو المشتري مطلقا أو
البائع اذا كان المبيع في يده يصح أن يكون الخصم هو وكيل المشتري
ما دام لم يسلم المبيع لأن الأخذ بالشفعة من حقوق العقد فان سلم
المبيع فالخصم هو المشتري وأن يكون هو الوكيل بالبيع عن الغائب
والوصى اذا باع عقار الأيتام بمسوغه الشرعى اذا كانت المبيع في يد
كل منهما

وانما تجب هذه الطلبات على الشفيع في أوقاتها المينة اذا لم يكن
عنده عذر شرعى يمنعه من أدائها كأن يكون صغيرا أو مجنونا ولاولى
ولا وصى له أو غائبا أو مريضا ولا وكيل لهما والا فبعد زوال هذه
الاعذار واذا كانت للأولين ولى أو وصى وللآخرين وكيل مفوض
فلكل منهم أن يطلبها بشرط ألا يكون فيها غبن فاحش فان أسقطها
أحد هؤلاء أو لم يطلبها فليس لمن تطلب له الشفعة أن يطلبها بعد زوال
عذره وقال محمد له حق طلبها ان كانت بمثل القيمة أو أقل

وان لم يكن لهؤلاء ولى ولا وصى ولا وكيل مفوض بالبيع أو كان عند الشفيع أعذار أخرى تمنعه من طلب الشفعة أو الاستمرار فيها فلا تسقط شفعته بل يكون له الحق فى طلبها بعد زوال عذره باتفاق

وأما الطلبات والاجراءات القانونية فبيّنة بالمواد من ١٥ الى ٢١ ويؤخذ منها أن الطلبات الواجبة قانوناً اثنان: الأول يجب أن يعمل الشفيع بعد علمه بالبيع أو بعد طلب المشتري منه ابداء رغبته بخمسة عشر يوماً غير مسافة الطريق الموصل الى محل الطلب وهذا الطلب عبارة عن اعلان البائع والمشتري طلبه كتابة على يد محضر ويجب أن يذكر فيه استعداداه لدفع الثمن وملحقاته وأن يسجله ليكون حجة عليهما وهذا الطلب يقوم مقام طلبى الموائمة والاشهاد فى الشريعة الغراء وان كان مخالفاً لهما فى الوقت والكيفية وعمل هذا الطلب غير واجب بل تجوز اقامة الدعوى من أول الأمر كما لا يجب فى الشريعة الغراء عمل طلب اشهاد اذا أشهد عند طلب الموائمة كما ذكر

والثانى منهما هو طلب التملك والمدة بينه وبين الأول ثلاثون يوماً (كالمدة التى بين الطلب الثانى والثالث فى المذهب الحنفى) فاذا تأخر الشفيع عن أحد الطلبين حتى انقضت مدته سقطت شفعته ويسقط حق الشفعة اذا تأخر فى جميع الأحوال عن الطلب ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائبا وبقية الاجراءات والمسقطات لا تختلف عن أحكام الشريعة الغراء

حكم الشفعة

يطلق الحكم ويراد به أثر الشيء المترتب عليه فحكم البيع مثلاً التملك والتملك وحكم الشفعة هو جواز الطلب عند توفر السبب وقيل حكمها هو أنها لا تملك الا بالتراضى أو بقضاء القاضى وذلك ان المشتري ملك المبيع بالشراء فلا يخرج عن ملكه الا برضاه أو بحكم

القاضي لأن له الولاية العامة فيمكنه اخراج الملك عن يد صاحبه وتملكه لاخر ضمن الحكم بالحق فاذا لم يحصل الرضا أو القضاء فلا تملك الشفعة

يظهر أن القانون الأهلى اعتبر الملكية للشفيع من وقت البيع واعتبر الحكم بها اعلاناً لهذا الملك لانشاء له (أنظر حكم الاستئناف الأهلى ١٥ مارس سنة ١٨٩٤ المحاكم سنة ٥ . وحكم محكمة طنطا المؤرخ ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية سنة ٣ صفحة ١٠٨)

ويعتبر الأخذ بالشفعة فسخاً في حق البائع والمشتري وشراء جديداً في حق الشفيع من وجه لكونه تملك بضمن معلوم . واستيفاء لحقه من وجه آخر . وإذا كان الأخذ بعد تسليم العقار للمشتري اعتبر الشراء من المشتري وان كان قبله اعتبر من البائع لتحويل الصفقة الى الشفيع ولكن بدون أن يبطل عقد البيع الذى كان سبباً في الشفعة اذ لو بطل لبطلت الشفعة بالتبعية . فلا يفسخ أصله انما تنفسخ اضافته الى المشتري . قال الزيلعى وجه الفسخ هنا أن يجعل فسخاً في حق الاضافة الى المشتري ويبقى أصل العقد مضافاً الى الشفيع كأن البائع باعه له وخاطبه بالايجاب فجعل العقد متحولاً الى الشفيع فلم يفسخ أصله وانما انفسخت اضافته الى المشتري ونظيره في المحسوسات من رضى سهمها الى شخص فتقدم غيره فأصابه فالرمى بنفسه لم ينتقض والتوجه الى الأول قد انتقض بتخلل الثانى وتوجهه اليه فكذا هنا تحولت الشفعة الى الشفيع كأن العقد من الابتداء وقع معه

ويترتب على اعتبار الأخذ بالشفعة شراء جديداً في حق الشفيع
 أن تكون له جميع الحقوق التي تثبت للمشتري بعقد الشراء كخيار
 الرؤية والعيب وخيار ظهور خيانة في بيع المراجعة والتولية والوضيعة
 فالراجعة البيع بأكثر مما اشترى والتولية بمثله والوضيعة بأقل
 ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة من العيوب
 لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه
 ولكن لا يكون له خيار الشرط لثبوته على خلاف القياس في البيع
 الاختياري فلا يثبت في الأخذ الجبري إذ القاعدة أن ما ثبت على خلاف
 القياس لا يقاس عليه
 ويترتب على كونه استيفاء لحقه أن المأخوذ منه لا يكون ضامناً
 له سلامة الزوائد كالبناء ونحوه عند الاستحقاق وعند هلاكها في يده
 بدون تعدد

ثمن الشفعة

ثمن الشفعة هو ما قام على المشتري من الثمن والمؤن الضرورية
 كأجرة كتابة عقد البيع ومصاريف تسجيله وأجرة الدلال إن كان
 اشترى بواسطته أما مصاريف إقامة الدعوى فتجب على من يحكم عليه
 وإذا كان الثمن حالاً على المشتري كان حالاً على الشفيع باتفاق
 وإن كان مؤجلاً فقال الإمام أبو حنيفة وصاحبه يكون حالاً على
 الشفيع إلا إذا أبقى الأرض تحت يد المشتري حتى يحل الأجل فيدفع
 الثمن ويأخذها

وعلى ذلك سارت المحاكم الأهلية فقد جاء في المادة ١٣ من قانون الشفعة أن المشتري إذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا الأجل إلا برضا البائع

وقال زفر والامامان الشافعي ومالك رضي الله عنهم ان الثمن يتأجل على الشفيع أيضاً واستدل الامام وصاحباه بأن الأجل ليس من لوازم العقد بل يثبت بالشرط فرضاه به في حق المشتري لا يدلنا على رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس في ايفاء الحقوق سهولة وصعوبة واختلافهم يساراً وعساراً . واستدل الآخرون بأن للشفيع حق الإخذ بالثمن الذي تملك به المشتري بصفته والأجل صفة للدين ألا ترى أنه يقال ثمن مؤجل وثن معجل وللمشتري أو البائع طلب رهن أو كفيل بالثمن فان أحضره فيها والا بطلت شفعته وإذا أخذ الشفيع الشفعة من البائع بثن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع وان أخذها من المشتري بذلك لا يبطل أجل المشتري لأن الأجل ثبت بالشرط فلا يبطل بأخذ الشفيع بثن حال كما لا يبطل اذا باعه المشتري بثن حال

وأما الثمن في بيع المقايضة فهو قيمة البذل وقت الشراء لا وقت الأخذ فاذا بيعت دار بيستان مثلاً أخذت الدار بقيمة البستان وبالعكس فاذا كان الثمن منقولاً غير نقود فان كان قينياً أخذها بقيمتها والا فبمثله لأن الشفيع له أن يملك الشفعة بمثل ما تملكها به المشتري ثم المثل ان كان مثلاً صورة ومعنى فهو ذاته الثمن وان كان مثلاً معنى فقط

لا صورة كالقيميات فالثمن قيمته لا نعدم صورته فيؤخذ البذل (وقد علم مما سبق أن بيع المقايضة لا شفعة فيه قانونا)

وإذا كان الثمن خمرًا أو خنزيرًا كما إذا كان البيع من ذمي لآخر ينظر فإن كان الشفيع ذميًا أخذ الشفعة بمثل الخمر وقيمة الخنزير وإن كان مسلمانًا أخذها بقيمة كل منهما لأن هذا البيع يُقضى بصحته فيما بين الذميين فتترتب عليه أحكام البيع الصحيح ومنها ثبوت الشفعة فيه سواء كان الشفيع ذميًا أم مسلمًا غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر في أخذها بها لأنها من ذوات الأمثال والمسلم ممنوع من تملكها وتملكها فيجب عليه قيمتها والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته والمستأمن كالذمي في حق الشفعة فتسري عليه جميع أحكامها ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام ذاته فيجب أن يحرم على المسلم تملكها لأنه إنما يحرم عليه تملكها إذا كانت القيمة بدلًا عن الخنزير وأما إذا كانت بدلًا عن غيره فلا يحرم والقيمة هنا بدل عن الدار لا عن الخنزير. ولو كان شفيعها مسلمًا وذميًا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكر

وإذا حط البائع بعض الثمن عن المشتري التحق هذا الخط بأصل العقد وسقط عن الشفيع لأن الباقي صار هو الثمن كأنه لم يسم غيره ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخط قبل أخذه بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة إن كان أوفاه الثمن. ولو حط البائع بعض الثمن بعد تسليم الشفيع في الشفعة كان له أن يأخذها بالباقي لأنه تبين له أن الثمن أقل فلا يعتبر علمه الأول ولا تسقط به الشفعة

أما لو حط البائع عن المشتري كل الثمن فلا يلتحق الحط بأصل العقد لأنه لو التحق به لكان عقد هبة أو بيع فاسد وكلاهما لا شفعة فيه مع أن الشفعة قد ثبتت بعقد البيع

وإذا زاد المشتري على الثمن شيئاً التحقت الزيادة بأصل العقد ووجب على المشتري ولكنها لا تسرى على الشفيع لأنّه استحق الشفعة بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك المشتري إبطال حقه الثابت له . وإنما التحقت بالعقد في حق المشتري وحده لأن له الولاية على نفسه دون الشفيع

وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري لأنّه ينكر على الشفيع استحقاق الأخذ عند تقد الأقل والقول للمنكر يمينه وإن أقام البينة قدمت بيّنة الشفيع على قول الامام ومحمد لأنّه هو المدعى . وبيّنة المشتري على رأى أبى يوسف والشافعى لأنها تثبت الزيادة في الثمن والشفيع ينكرها والبيّنة المثبتة للزيادة أولى . وإن ادعى المشتري ثمناً وادعى بائعه أقل منه فإن كان البائع لم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وإن كان قبضه أخذها بما قاله المشتري لصيرورة البائع أجنبياً يقبض الثمن فلا يلتفت الى قوله .

ولا يجب على الشفيع دفع القيمة الحقيقية للعقار إذا كانت أكثر من الثمن المسمى كما أنه ليس له حق في التمسك بدفع تلك القيمة إذا كانت أقل من الثمن المدفوع

وإذا ادعى الشفيع أن الثمن الذي كتب في عقد البيع صوري

لتقصده تعجيزه عن طلب الشفعة جاز له أن يثبت هذه الزيادة بكافة طرق الإثبات الشرعية ومتى ثبتت لا يلزم إلا بدفع الثمن الحقيقي والمصاريف

ليس في قانون الشفعة ما يخالف شيئاً من هذه الأحكام بل جاءت كلها موافقة لأحكام الشريعة الغراء إلا أن بعض رجال القضاء الأهلى يرى وجوب دفع فوائد للثمن في مدة المقاضاة نظير أخذ الشفيع ربع الأرض قياساً على ما جاء بالمادة (٣٥٤ مدنى) ولكن البعض الآخر لا يوجب الفوائد على الشفيع ولا على المشتري رد الثمار (استئناف مصر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المحاكم السنة ١٣ صفحة ٢٨٦٤)

تصرفات المشتري في الأرض المشفوعة

إذا تصرف المشتري في الأرض المشفوعة قبل الأخذ بالشفعة جاز للشفيع بعد الأخذ بها أن يبطل جميع تصرفاته سواء كانت بالبيع أم بالهبه أم بالوقف ولو بنيت مدرسة أو مسجداً أو مقبرة أو ما أشبه ذلك ويسترد الأرض ممن هي تحت يده كائناً من كان ولو تداولتها الأيدي

هذا موافق لنص المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة وذلك في حالة ما إذا حصل التصرف بعد تسجيل الشفيع إعلان رغبته ونص المادة «كل رهن من المشتري وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عيني يسلمه المشتري أو اكتسبه الغير ضده بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للمادة الرابعة عشر الآتية لا تسرى على الشفيع ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللاثنين

المرتبهين ما كان لهم من حق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار »
أما قبل تسجيل اعلان الرغبة فجميع تصرفات المشتري صحيحة لازمة - والشريعة
الغراء لم تقيد بطلان التصرفات بكونها بعد الطلب أو قبله .

ثم إن كان التصرف بالبيع جاز له أن يطلب الشفعة بأي بيع
أراد سواء كان التصرف قبل الطلب أم بعده وقبل الحكم فانه في هذه
الحالة يجوز له إعادة الطلب بالثمن الجديد ممن اشترى به

خالف القانون الشريعة في هذا الحكم فقد جاء بالمادة التاسعة انه اذا كان
البيع قبل تقديم طلب ما بالشفعة لا تقام دعوى أخذها الاعلى المشتري الثاني
بالشروط التي اشترى بها ولا يجوز للشفيع طلبها بثمان البيع الأول اذا كان أقل كما
لا يكون ملزما به اذا كان أكثر لا اعتبار بيع المشتري صحيحا لازما كما سبق

حكم الزيادة في الأرض المشفوعة

اذا زاد المشتري في الأرض المشفوعة شيئاً لم يكن موجوداً من
قبل فلا يخلو حال الزيادة من أن تكون لها قيمة بعد تقضها كالبناء
والغراس والزرع أولاً قيمة لها بعد تقضها كطلاء البناء بمحلول الجير
والمواد الملونة ولكل من هذين النوعين حكم يخصه واليك بيانه :
أولاً اذا كانت الزيادة مما له قيمة بعد تقضه وليس لها نهاية معلومة
كالبناء والغراس وحكم للشفيع بالشفعة فلا يخلو الحال من أحد
أمرين : الأول أن يكون هدم البناء وقلع الأشجار لا يضر بالأرض .
الثاني أن يضر بها فان كان الأول كان الشفيع بالخيار بين أن
يأخذ البناء والغراس بقيمتهم مستحقين للهدم وللقلع زيادة على ثمن الشفعة

وبين أن يكلف المشتري بالهدم والقلع ويأخذ الأرض خالية منهما هذا إذا كان المشتري يقبل إعطاء البناء والأشجار بما ذكر والا أجبر على الإزالة . وإن كان الهدم والقلع يضر بالأرض كان للشفيع أن يأخذ ما يزيد بقيمته مستحقا للهدم والقلع ولو جبرا على المشتري وله أن يتحمل الضرر ويكلفه بالإزالة . هذا كله هو رأي الامام ومحمد وحجتهم على ذلك أن المشتري بنى وغرس في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير إذن من جهة من له الحق فينقض تصرفه اذ حق الشفيع أقوى من حق المشتري ولهذا تنقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف وبناء المسجد . وقال أبو يوسف والشافعي ومالك إن الشفيع في الحالتين السابقتين يكون مخيرا بين أن يأخذ البناء والغراس بقيمتيهما مستحقين للبقاء - وتعتبر القيمة يوم الأخذ - وبين ترك الشفعة وحجتهم أن المشتري غير متعذر بهذه الزيادة لثبوت ملكه في الشراء فلا يعامل معاملة المتعدي

وإذا كان ما زيد له نهاية معلومة كالزراع فليس للشفيع اجبار المشتري على قلعه استحسانا اذ لا ضرر عليه في بقاءه لانه يترك الأرض بالأجرة حتى يحصد الزرع

ثانيا - إذا كانت الزيادة لا قيمة لها بعد نقضها خير الشفيع بين الأخذ بالثمن وقيمة الزيادة وبين ترك الشفعة ولعل سبب ذلك عدم ضياع مال المشتري بدون أى مقابل بخلاف البناء والغراس فان لهما قيمة بعد النقض وإن قلت وهذا الحكم مخالف لما قالوه في الاستحقاق من أنه إذا زاد المشتري في البيع زيادة لا قيمة لها بعد نقضها وكلفه

المستحق بالنقص لا يرجع بشيء على البائع والظاهر ما ذكر هنا ولا فرق فيما ذكر بين أن تكون الزيادة بأنواعها قبل طلب الشفعة أو بعده

حكم الزيادة قانونا - جاء بالمادة العاشرة من قانون الشفعة « إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس أشجارا قبل طلب الأخذ بالشفعة يكون الشفيع مازما بناء على رغبة المشتري إما بأن يدفع له ما صرفه أو ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة فالشفيع الخيار إن شاء طلب إزالتها وإن شاء طلب بقاءها وفي هذه الحالة لا يلزم إلا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس » وإذا اختار الشفيع طلب الإزالة تكون المصاريف على المشتري بدون إعطائه أى تعويض ولا يخفى أن ذلك مبنى على ما ذكر من أن التصرفات قبل الطلب صحيحة وبعده باطلة قانونا كما لا يخفى

ان هذه المادة في مجموعها موافقة لأحكام الشريعة. فما كان قبل الطلب موافق لرأى أبى يوسف والشافعي ومالك . وما كان بعده موافق لقول الامام ولهذا يجب مراعاة حسن النية وعدمها في هذه الزيادة ليحكم القاضي بما يوافق العدالة والانصاف

حكم النقص في الأرض المشفوعة

إذا نقص من الأرض المشفوعة شيء تحت يد المشتري فحكم هذا النقص يختلف باختلاف ما نقص وباختلاف المتسبب في النقص وذلك أن ما نقص إما أن يكون قد دخل في البيع تبعا بدون ذكر أو يكون لم يدخل فيه إلا بالنقص . والنقص إما أن يكون بفعل المشتري أو أجنبي أو بأفة سماوية

فإن كان ما نقص تابعا للعقار كالبناء والغراس اللذين لم يذكر
 في العقد وكان الهلاك بفعل المشتري أو أجنبي أخذ الشفيع الأرض بما
 يقابلها من الثمن وسقط ما يقابل البناء أو الغراس باعتبار قيمتهما قائمين
 بأن يقسم الثمن على قيمة كل منهما ويأخذ الشفيع بما يخص الأرض
 ويرجع المشتري على الأجنبي بما نقص بالهدم والقلع ويأخذ الأتقاض
 والأخشاب . أما إذا كان الهلاك بأفة سماوية فإن تلفت الأتقاض
 والأخشاب بحيث لا ينتفع بها كان الشفيع مخيرا بين الأخذ بكل الثمن
 وبين ترك الشفعة . إذ القاعدة فيما ذكر أن التابع إذا هلك بالتعدي
 يقابله شيء من الثمن . وإن كانت الأتقاض والأخشاب يمكن الانتفاع
 بهما فهما للمشتري ولا يتبعان الأرض حيثئذ في الشفعة لانفصالهما عنها
 انفصالا تاما والمنفصل عن العقار لا يعتبر تابعا له ويسقط عن الشفيع
 ما يقابلهما ويبقى الشفيع على خياره في الباقي بين الأخذ بباقي الثمن والترك
 وتعتبر قيمة الأتقاض والأخشاب يوم الأخذ بالشفعة

وإن كان ما نقص غير تابع للعقار كالزرع الذي في الأرض والثمر
 الذي في الشجر وقت الشراء والبناء والشجر إذا ذكر في عقد البيع
 فسواء هلك بتعدي أم بدون تعدي يقابله شيء من الثمن ويسقط عن الشفيع
 وتعتبر قيمة ما هلك يوم العقد وسبب كون الزرع والثمر لا يدخلان في
 البيع تبعاً أن لهما نهاية معلومة وكل ما كان كذلك لا يدخل في البيع إلا
 بالذكر بل يكون للبائع أن لم يذكر في العقد فإن ذكر يكون مضمونا
 على المشتري بشئنه حتى يسلمه للشفيع لأنه معه بمنزلة البائع من المشتري
 أما إذا كان الثمر قد ظهر بعد عقد البيع كان تابعا وأخذ أحكام

التوابع السابقة . وإذا كان ما هلك جزءا من العقار بأن جرفته مياه البحر أو نزلت عليه الرمال أو تغطى بما تقذفه البراكين قابله شيء من الثمن بالأولى

(لم يتعرض القانون لأحكام نقص شيء من الأرض المشفوعة تحت يد المشتري والظاهر أنه يطبق عليها الحكم العام وهو أن كل التصرفات التي تصدر من المشتري قبل ابتداء الشفيع رغبته تكون صحيحة وبعده تكون باطلة ويعتبر المشتري متعديا

استحقاق العقار المشفوع

إذا استحق شخص العقار المشفوع بعد الأخذ بالشفعة أى أثبت أنه مملوك له وأن البيع والشفعة باطلان وحكم له القاضي بالملك كان المستحق مخيرا بين اجازة البيع والشفعة وأخذ ثمن العقار ممن هو تحت يده وهو يرجع على من تلقى الملك عنه بما دفع وبين أن يبطل جميع التصرفات ويأخذ عقاره ممن هو تحت يده سواء كان هو الشفيع أم غيره بأن كان الشفيع تصرف فيها تصرفا يجعل للغير حقا عليها كالبيع والهبة والوقف ولو بنيت مسجدا أو مقبرة أو مدرسة وحينئذ يرجع الشفيع على المشتري بما دفعه له من الثمن والمصاريف هذا كله إذا بقيت الأرض على حالتها أما إذا كان الشفيع قد زاد فيها بناء أو غرس أشجارا فإن كان هدم البناء وقلع الأشجار لا يضر بالأرض كان للمستحق أن يجبره على إزالتها ويسلم الأرض خالية منهما وإن كان الهدم والقلع يضر بها أخذهما بقيمتيهما مستحقين للهدم والقلع ولو جبر على الشفيع ولكن إذا رضى بالضرر الذي يلحق الأرض بسبب الإزالة جاز له أن يكلفه بها

وقد اختلف فيما يرجع به الشفيع على من دفع له ثمن الشفعة فقال
الامام يرجع بما دفعه فقط لا بقيمة ما نقص بالهدم والقلع أو يتركها
مستحقين لهما واستدل على ذلك بأن الشفيع أخذ الأرض جبراً عن
المشتري والبائع فلا يرجع على أحد منهما بما خسره بعمله وعلى ذلك
لوثبت الاستحقاق والأرض في يد المشتري بعد زيادة البناء والغراس
رجع المشتري على بائعه بما نقص لأن البائع غره . وقال أبو يوسف يرجع
على من أخذ منه بما نقص لأنه معه بمنزلة المشتري مع البائع وهو يرجع
باتفاق إذا كان مغروراً . هذا كله إذا كان الشفيع لا يعلم بأن الأرض
المشفوعة مستحقة للغير فإن كان يعلم فلا يرجع باتفاق لأنه غير مغرور
هذا كله إذا ثبت الاستحقاق بالبينة أما إذا ثبت بالاقرار . فإن
كان المقر هو البائع رجع الشفيع على المشتري . والمشتري على البائع حسبما
ذكر . وإن كان المقر هو المشتري رجع الشفيع عليه ولا يرجع هو على
البائع لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر . وإن كان المقر هو الشفيع فلا
رجوع لأحد على أحد

حكم تجزئة الشفعة

الشفعة حق ضعيف لا يقبل التجزئة ولكن ليس ذلك على إطلاقه
بل فيه تفصيل وبيانه : أن الأرض المشفوعة إما أن تكون قطعة واحدة
أو عدة قطع وعلى كل فاما أن يكون المشتري واحداً أو متعدداً
فإن كانت الأرض قطعة واحدة وكان المشتري واحداً وجب على
الشفيع أن يأخذها كلها أو يترك الشفعة سواء كان البائع واحداً أم متعدداً

ولا يجوز له أن يأخذ البعض ويترك الباقي لأن في ذلك تفريق الصفقة على المشتري وهو ضرر زائد على الضرر الذي لحقه بأخذ الشفعة جبراً عنه .

(وعلى ذلك العمل في المحاكم الأهلية)

وإذا كانت الأرض قطعة واحدة والمشتري متعدداً جازل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم أو أنصباء الجميع بالشفعة لأنه لا ضرر على أحد في ذلك . ففي حالة ما إذا أخذ نصيب البعض فقط لا يجوز استلام شيء من العقار ولو دفع نصيب ثمنه حتى يدفع الجميع ما عليهم أو يدفع هو عن شركائه ما يخصهم ويستلم الأرض ثم يرجع عليهم بما دفع لأن البائع له حق حبس كل المبيع لقبض كل الثمن ولا فرق في ذلك بين أن تكون حصة كل واحد من المشتري شائعة أو مفرزة وبين أن يكون البائع واحداً أو متعدداً .

أما قانون الشفعة فقد فرق بينهما في المادة الحادية عشرة التي نصها (إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعاً بينهم فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه أما إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفرزة كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة) ولعل مراد واضع القانون بالمشاع ما كان لشركاء في شركة مدنية تعتبر في الحقيقة شخصاً أدبياً فيكون المشتري حينئذ واحداً ويظهر تفريق الصفقة في حقه . لأن الفرق بين كون الأنصباء مشاعة أو مفرزة غير ظاهر الحكمة . لأن كل واحد في الحالتين مستقل عن الآخرين في التصرفات استقلالاً تاماً بدليل أنه يجوز لكل واحد أن يتصرف في ملكه بدون رضا الآخرين

وإذا كانت الأرض جملة قطع وكان المشتري شخصا واحدا ولم تتوفر شروط الشفعة عند الشفيع الا بالنسبة للبعض فقط فإنه يجوز له أن يأخذ هذا البعض الذي يشفع فيه بما يقابله من الثمن دون البعض الآخر ولا يقال ان في ذلك تفريق الصفقة على المشتري لأن التفريق الممنوع شرعا إنما هو في حالة ما اذا كان الطالب بالشفعة شفيعا في الكل أما اذا كان شفيعا في البعض كما هنا فلا يكون أخذ ما هو شفيع فيه فقط تفريقا للصفقة واذا لم يكن ثمن كل قطعة مبينا على حدته في عقد البيع يكون ما يدفعه الشفيع هو ما يقدره الخبراء العادلون من الثمن مقابلا لما يشفع فيه

وإذا كانت الأرض جملة قطع والمشتري جملة أشخاص كان الحكم كما في الصورة السابقة ولا فرق في هاتين الصورتين بين أن يكون الشراء بعقد واحد أو بجملة عقود

(ما ذكر من الأحكام في حالتي تعدد المشتري وتعدد العقار المبيع موافق لما هو معمول به في المحاكم الأهلية)

ما تسقط به الشفعة

لما كان نزع الملك جبرا عن صاحبه لدفع ضرر الشفيع ينتج من جهة أخرى ضررا للمشتري كان حق الشفعة ضعيفا يجب على الشفيع مزيد الحرص عليه وتام الاهتمام به حتى يتم له ملك ما يشفع فيه بالرضا أو القضاء فان تواني أو قصر فيه أقل تواني أو تقصير سقطت شفعته

مراعاة لحق من لحقه الضرر الآخر وهو المشتري . ولهذا قد بنى الفقهاء أسباب سقوطها على أصليين : الأول أنها حق ضعيف يسقط لأقل اعراض أو تقصير . الثاني أنها مجرد ارادة ومشئئة للشفيع فلا تورث عنه ويترتب على ذلك أنها تبطل (١) بترك طلب الموائبة حين العلم مع القدرة عليه بأن لم يكن في الصلاة أو لم يسد أحدفه أو لم يكن أهلاً للتصرف لأن الترك دليل الاعراض . (٢) بترك طلب التقرير والاشهاد بلا عذر عقب طلب الموائبة . (٣) بترك طلب الخصومة والتملك شهراً فأكثر على رأى محمد وبتركة في محل القضاء المختص بسماع الدعوى بدون عذر على رأى أبي يوسف . (٤) تبطل بالصلح عنها على عوض وعلى الشفيع رد العوض ان كان أخذه والا فلا يجب على المشتري دفعه له وكذا لو باع شفيعته للمشتري بمال لأن حق الشفعة ليس بمال بل هو حق مجرد لا يحتمل التملك فكان عقد البيع عبارة عن الاسقاط فقط مجازاً وذلك اذا كان بعد البيع . أما قبله فلا يسقط به حق الشفعة لأن اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط علم بالسقوط أو لم يعلم لأن الجهل بالأحكام ليس بعذر في دار الاسلام ولا يرتد بعد سقوطه بالرد لأنه مجرد حق والساقط من الحقوق لا يعود ولكن لو صالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن يجوز ويعتبر بيعاً (٥) تبطل بموت الشفيع قبل الأخذ سواء كان موته قبل الطلب أم بعده فلا تورث عنه خلافاً للشافعي . ودليل الامام أبي حنيفة أنها حق مجرد لأنها مجرد ارادة ومشئئة للشفيع ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها بالمال ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن أرضه التي يشفع بها ويثبت الملك

فيها للوارث بعد البيع. وقيام ملك الشفيع لما يشفع به من وقت البيع الى وقت الأخذ شرط في صحة الشفعة ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت ولكنها لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه (٦) تبطل بيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة سواء كان قبل الطلب أم بعده وسواء كان يعلم ببيع العقار المشفوع أم لا الا اذا كان له خيار الشرط لأنه يمنع خروج المبيع عن ملكه فيبقى سبب الأخذ حتى يحيز أو تنقضي مدة الخيار (٧) تبطل اذا ساوم الشفيع المشتري بيعاً أو اجارة أو طلبها مرابحة أو تولية أو وضعية أو ضمن الدرك للمشتري عن البائع وهو أن يتعهد بأنه اذا استحق المبيع يكون ضامناً للثمن لأن ذلك دليل الاعراض أو شهد على عقد البيع أو هنأ المشتري أو البائع أو نحو ذلك (٨) اذا علم أن المبيع كل الأرض فترك ثم اتضح أنه نصفها لأن التسليم في الكل تسليم في جميع أجزائه ولأن رغبات الناس في الكل أكثر عادة من رغباتهم في الاجزاء فخلو الكل عن عيب التجزئة. وقيل له الشفعة لأنه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الكل وقد تكون حاجته الى النصف فقط ليعتم به مرافق ملكه ومال شيخ الاسلام الى هذا القول. ولكن اذا علم أن المبيع هو البعض فترك ثم علم أنه الكل لا تسقط شفيعته لما ذكر. كما لا تسقط اذا علم ان المشتري فلان فترك ثم ظهر غيره لتفاوت الناس في الأخلاق ولو علم أنه هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم لم يوجد في حقه واذا علم أنها بيعت بألف جنيه فترك ثم علم أنها بيعت بأقل أو بغير النقود كالبز والشعير الذي قيمته ألف أو أكثر لأن الرغبة

في الأخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فإذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها ولكن لو علم في هذا المثال أن الأرض بيعت بدراهم قيمتها ألف جنيه فلا شفعة له على القول الراجح وقيل له الشفعة وهو قول الامام وزفر

(٩) اذا طلب بعض العقار المشفوع وترك بعضه اذا كان قطعة واحدة والمشتري واحدا لما تقدم من أن حق الشفعة لا يقبل التجزئة

أما الذي تسقط به الشفعة قانونا فبين في المواد ١٩ - ٢٠ - ٢٢ من قانون الشفعة الجديد وكما ما عدا ما يختص بالطلبات وأوقاتها موافقة لما ذكر من مسقطاتها في الشريعة الغراء

(٣) وضع اليد على الأموال المباحة

الأموال المباحة هي التي لم يملكها أحد من العباد . وهي ثلاثة أنواع : حيوانات . ونباتات . وجمادات . والحيوانات إما أن تكون برية أو بحرية . والنباتات إما أن تكون حشائش وتسمى كلاً وإما أن تكون أشجاراً وإما أن تكون ثماراً وإما أن تكون أخطاباً . والجمادات إما أن تكون أرضاً أو ركازاً أو ناراً أو ماء . فمن وضع يده على شيء منها ملكه لقوله عليه الصلاة والسلام «مَنْ سَبَقَتْ يَدُهُ إِلَى مَالٍ مُبَاحٍ فَهُوَ لَهُ» وكيفية وضع اليد على كل منها يتضح مما سيأتي مبتدئين بالكلام على الأرض المباحة لأنها أهم أنواع المباح

الأرض المباحة * الأرض المباحة وتسمى أرضاً مواتاً أيضاً لعدم احتياجها بالزرع أو البناء هي التي لم يملكها أحد من العباد وليس بها

مرعى ولا محتطبا لطائفة من الناس واشترط أبو يوسف أن تكون بعيدة عن أقصى العمران بمسافة لا يسمع من نهايتها الصوت الجهير وقال محمد لا يشترط ذلك وقول أبي يوسف هو الظاهر المعتمد لأن القريب عادة يكون مرافق لأهل العمران

ليس بالبلاد المصرية الآن أرض موات بل جميع الأراضي التي لأملاك لها غير الوقف صارت مملوكة للحكومة ولها وحدها حق تملكها لمن تشاء بعوض أو بغير عوض كما يؤخذ ذلك من منطوق المادة (٥٧) ولكنه جاء في هذه المادة زيادة على ما ذكر مانصه « إنما كل من زرع أرضا من الأراضي المذكورة أو بنى عليها أو غرس فيها يصير ماله كالملك لتلك الأرض ملكا تاما ولكنه يسقط حقه فيها بعدم استعمالها مدة خمس سنوات في ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده » ومعنى ذلك أن ملكيته لا تثبت إلا بعد خمس عشرة سنة ولا يسقط حق الملكية إلا بعدم الاستعمال المدة المذكورة . وقد جاء في الشرح زيادة على ذلك أن التملك بما ذكر أصبح من المستحيل في مصر (أنظر صفحة ٦٩ من شرح القانون)

ومتى كان في جهة من الجهات أرض موات جاز لكل انسان تملكها بأحيائها والأحياء يكون بحرثها وسقيها وزرعها أو غرسها ان كانت صالحة للزرع أو الغرس أو بنائها ان كانت صالحة للبناء ويكفي في ذلك بناء الأساس

وقد اختلف في اشتراط اذن الامام بالأحياء لملك الأرض المباحة وعدم اشتراطه فقال الامام أبو حنيفة يشترط الاذن وقال الصاحبان لا يشترط ودليل الامام قوله عليه الصلاة والسلام « ليس بالميرء

الآ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ « ودليلهما قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ عَمَرَ
أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » وقوله « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً
فَهِىَ لَهُ » وكلا القولين صحيح فيرجح القاضي ما يرى فيه المصلحة
ولكن الأول أظهر لأنّه أحفظ للنظام

ولا فرق في تملكها بالاحياء بين أن يكون المحي مسلما أو ذميا
 ويفرض عليها العشر ان كانت تروى بماء أرض عشرية وكان المحي مسلما
والأفرض عليها الخراج

وأما تحجير الأرض الموات أى منعها عن تسلط الغير عليها بوضع
أحجار أو شوك أو نحو ذلك على حدودها أو بازالة الحشائش والشوك
ونحوها منها فلا يسمى احياء ولا يترتب عليه ملك الأرض المُحَجَّرَة بل
يترتب عليه كون المحجّر أولى من غيره باحيائها الى ثلاث سنين لقول
عمر بن الخطاب رضى الله عنه « لَيْسَ لِمُتَحَجِّرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ حَقٌّ »
فان لم يحياها في أثنائها جاز للامام نزعها منه واعطاؤها لمن يحياها ليتنفع
هو بما يخرج منها وتتنفع الحكومة بالعشر أو الخراج

الحيوانات المباحة

الحيوانات المباحة هي التي لم يسبق لأحد تملكها بالاصطياد
وخكم صيدها أنه جائز برا وبحرا سواء كانت البرية طيوراً أم غير
طيور . والبحرية في البحار الملحة أم في الأنهار العامة أو الخاصة

ملحوظة — الحكومة المصرية حظرت اصطياد الطيور النافعة للزراعة بأى
وسيلة كانت (الا اذا كان لغرض من الأغراض العلمية برخصة من نظارة الأشغال)

ورببت على من يصطادها غرامة لا تزيد عن جنيه مصرى وعلى من عاد فى خلال السنة التى عوقب فيها حبس مدة لا تزيد عن أسبوع وغرامة لا تزيد عن جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين ويصير ما يضبط منها ومن أدوات اصطيادها ملكا للحكومة وقد ذكرت أنواع تلك الطيور فى ملحق لقانون نمرة ٩-١٥ مايو سنة ١٩١٢ الخاص بوقاية الطيور المذكورة وهذه أسماؤها . قنبرة . أبو فصاده . كروان . عصفور منى . عصفور سفسيكولا . عصفور آكل الذباب . عصفور بيبيت . رروار . أبو قردان . هدهد . زقزاق مطوق . زقزاق بلدى . زقزاق شامى . ونصوص الشريعة الغراء لا تأبى هذا الحظر بل هو من مقاصدها الكلية التى من ضمنها حفظ المال .

ومشروعية الصيد مأخوذة من الكتاب والسنة والاجماع فالكتاب قوله تعالى «أَحْلَلْ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا» وقوله «وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا» وقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم «إِذَا أُرْسِلَتْ كَلْبُكَ فَإِذْ كَرَّ اسْمُ اللَّهِ تَعَالَى فَإِنْ أُمْسَكَ عَلَيْكَ فَأَدْرِكْتَهُ حَيًّا فَادْبَحْهُ وَإِنْ وَجَدْتَهُ قَدْ قُتِلَ وَلَمْ يَأْكُلْ مِنْهُ فَكُلْهُ فَإِنْ أَخَذَ الْكَلْبُ ذِكَاةً» فمن اصطاد حيواناً مباحاً ملكه (مع ملاحظة ما تقدم) ويتم الاصطياد بامساك الحيوان أو وقوعه فى الفخ أو الشبكة أو نحوهما من أدوات الاصطياد اذا وضع لهذا الغرض أما اذا وضعت شبكة ليجف ماؤها فوقع بها طائر فلا يملكه صاحبها بل اذا أخذه غيره ملكه وكذلك اذا عشن الطير وأفرخ فى بستان لم يعده صاحبه لتربية الطيور فانه اذا اصطاد منه انسان شيئاً ملكه ومثله فى الحكم السمك فى السواقي

والآبار المملوكة للأهالي فإن أعدها أصحابها لتربية الطيور والأسماك كانت هذه الحيوانات ملكاً لأصحابها كبقية حيواناتهم الداجنة فلا يجوز لأحد اصطيدائها وللصيد أحكام كثيرة فلا يراجعها من شاء في محلها

(وأما حكم الصيد قانوناً فيتبع فيه اللوائح الخاصة به كما جاء ذلك بالمادة ٥٩ مدني)

النباتات والمياه والنار المباحة

النباتات المباحة هي الأخشاب والأحطاب والثمار التي في الأرض المباحة والكلاء وهو الحشائش التي تنبت بطبيعتها أي بدون عمل عامل سواء نبتت في أرض مباحة أم مملوكة أم موقوفة . فمن وضع يده على شيء منها وأحرزه ملكه وأحراز الأخشاب بقطعها والأحطاب بحزمها والثمار بجمعها والكلاء بمحصده ولا يجوز لأحد منع الناس من الانتفاع بالنباتات المباحة ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لصاحب الأرض منع الناس من الانتفاع بكتلتها الطبيعي

فإن منعهم خيره الحاكم بين أن يخرج لهم الكلاء لينتفعوا به وبين أن يبيع لهم الدخول ليأخذوه إلا إذا ترتب على الدخول ضرر بين فانه يمنع .

وأما المياه المباحة فقد سبق الكلام على كيفية الانتفاع بها وأحرازها في الكلام على الشرب .

وأما النار المباحة فإن كانت موقدة في الأخشاب والأحطاب المباحة جاز لكل إنسان أن ينتفع بها أي انتفاع أراد سواء كان بالاعتباس أم بالتدفئة . وإن أوقدها إنسان في موقدٍ فليس لأحد الاعتباس منها

وانما له حق التدفئة فقط. والأصل في اباحة هذه الأنواع الثلاثة قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاث الماء والكلاء والنار »

الركاز

الركاز لغة اسم لدفين الجاهلية أي كنزهم المدفون في باطن الأرض ويطلق أيضا على المعادن الطبيعية التي تنطبع بالنار أي تقبل الطرق والانسحاب لأنه مأخوذ من الرّكز (بفتح الراء) أي الوضع في الأرض سواء كان الرّكز هو الخالق أم المخلوق . واما الرّكز بكسر الراء فعناء الصوت الخفي ومنه قوله تعالى « هل تحس منهم من أحدٍ أو تسمع لهم ركزا » وحكم الركاز شرعا أن فيه الخمس للحكومة يصرف في مصارف الصدقات لقوله عليه الصلاة والسلام « وفي الرّكاز الخمس » وأربعة أخماسه للمالك الأرض التي وجد فيها فان وجده انسان في أرضه أو في أرض مباحة فأربعة أخماسه له وان وجده في أرض مملوكة للأهالي فأربعة أخماسه للمالك الأرض وللوأجد أجره مثل عمله وان وجده في أرض الحكومة فكله لها : الخمس لكونه ركازا وأربعة الأخماس لكونه وجد في أرضها . وللوأجد أجره مثل عمله أيضا الا اذا كان بينه وبين صاحب الأرض أو الحكومة شروط فتتبع

يؤخذ من النصوص المذكورة أن تصرّح الحكومة للأفراد والشركات في البلاد المصرية وغيرها من الممالك الإسلامية بالبحث عن المعادن والكنوز في مقابلة أخذه جزءا منها أو مكافأته مكافأة نقدية جائز شرعا ما دام فيه المصلحة « وحكم الكنوز القديمة ونحوها مما يطلق عليه عنوان (العاديات) فيتبع في تملكها قانونا أحكام اللاتجة الخاصة بها الصادرة في ١٢ يونيه سنة ١٩١٢ » « انظر قانون عمرة ١٤ من السنة المذكورة »

وأما بقية أنواع المعادن وهي: أولاً. المعادن الجامدة التي لا تذوب ولا تنطبع بالنار كالآحجار الكريمة والخص والفحم الحجري. وثانياً. المعادن السائلة كزيت البترول فحكمها أنه لا شيء فيها للحكومة بل تكون جميعها للمالك الأرض التي وجدت فيها فإن وجدها انسان في أرضه أو في أرض مباحة فهي له وإن وجدها في أرض الأهالي فهي لصاحب الأرض وإن وجدها في أرض الحكومة فكلها لها وإن وجدها في الصورتين الأخيرتين أجرة مثل عمله إلا اذا وجدت شروط فتتبع. وأما الكنوز التي عليها نقوش الاسلام والتي لا شيء عليها كالأواني والسبائك والأسلاك المدفونة في الأرض وليس عليها نقوش أصلاً أو عليها نقوش لا يمكن الاستدلال بها على كون الدفين اسلامياً أو جاهلياً اذا وجدها انسان في ملكه أو في أرض مباحة ولم يدعها أحد فهي له وأما اذا ادعاها شخص وعرفها تعريفا تاماً وجب اعطاؤها له وإن وجدها في أرض مملوكة لغيره وادعاها مالك الأرض فهي للمالك. وإن لم يجد لها صاحباً اعتبرت لقطة يجب التعريف عنها شرعاً في مظان وجود صاحبها حتى يئس من وجوده ثم يتبع في انفاقها أحكام الشريعة الغراء

(والجاري عليه العمل الآن في الحكومة المصرية أن من وجد لقطة لم يجد صاحبها أو لم يعرفه يجب عليه في ظرف ثمانية أيام على الأكثر أن يجر عنها أو يسلمها لأقرب رجل من رجال الحكومة بما فيهم عمد البلاد وعلى صاحبها أن يتطلبها من الحكومة فإن كانت وصلت اليها أعطتها له بعد أن تأخذ منه مقدار عشر قيمتها من النقود لتعطيه لو اجدتها على سبيل المكافأة تشجيعاً للناس على رد

الامانات الى أهائها زيادة عما يصرف على مؤوتها ان كانت مما يحتاج لمؤونة حسبما تقدره جهة الادارة ولا يعتبر من اللقطة الحيوانات الشاردة أو السارية. وهي التي خرجت من محل صاحبها بدون علمه بل يجب على واجدها ردها لصاحبها أو للحكومة بلا مقابل وان لم يظهر للقطعة صاحب فان كانت مما لا يخشى عليه التلف كالأثاثات والأشياء الصغيرة تحفظ سنة ثم تباع ويعطى لمن وجدها عشر الثمن كما ذكره والباقي يحفظ بالخزينة ثلاث سنين فان لم يطلبه صاحب الشيء صار ملكاً للحكومة. وإذا لم يفعل من وجد الشيء ذلك جاز الحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة قرش فإذا كان عدم الابداع أو الاخبار نتيجة نية الواجد في امتلاك الشيء أو اخفائه جاز اعتباره سارقاً. وقد سنت الحكومة قانوناً يختص بالأشياء الضائعة تاريخه ١٨ مايو سنة ١٨٩٠ سار على الأجانب والوطنيين وتقرر فيه ما سبق من الأحكام

عدم سماع الدعوى بمرور الزمان على واضع اليد على ملك الغير والوقف

هذا المبحث ليس من مباحث أسباب الملك التام وإنما ذكر هنا للمناسبة التي لا تحفى وأحكامه متفرعة عن أصليين من أصول الشريعة الغراء فلسهولة فهم تلك الأحكام يجب أن نبداً بذكر هذين الأصلين تاريخين للمطلع في بعض الأحيان ارجاع الحكم الى أصله المأخوذ منه الأصل الأول - ما يؤخذ من قوله عليه الصلاة والسلام «لا يبطل حق امرئ مسلم وإن أقدم» وهو أن القضاء (أى حكم القاضي) مظهر للحق لا مثبت له لأن الحق كان ثابتاً قبل الحكم والحقوق الثابتة لشخص على شيء لا تزول بوضع يد الغير على هذا الشيء ولو طال الزمان الأصل الثاني - ان القضاء يتخصص بالزمان والمكان والخصوصية

أى أنه يجوز لولى الأمر أن يخصص القاضي الذى يعينه بسماع قضايا مخصوصة فى أزمان معينة بين أهالى جهات محددة فإذا حصل ذلك فليس للقاضى أن يحكم فى غير ما خصصه به ولى الأمر . وبناء على هذه القاعدة صدر أمر سلطانى فى عهد المرحوم السلطان سليم العثمانى لقضاة الاسلام بعدم سماع دعوى الملك على واضع اليد بعد مضى خمس عشرة سنة فيما عدا الارث والوقف فان الفقهاء قدروا مدة وضع اليد عليهما بثلاث وثلاثين سنة ويحسب الزمن بالسنين الهجرية وقد أدخلت المجلة (قانون الدولة العلية) الميراث ضمن مالا تسمع فيه الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة وجعلت مدة وضع اليد على الوقف التى لا تسمع بعدها الدعوى ستا وثلاثين سنة

وقد يتبادر الى ذهن من يطلع على هذين الأصلين عند النظرة الأولى أنهما متناقضان لدلالة الأولى على عدم ضياع الحقوق بوضع اليد الغير وان طال الزمان ودلالة الثانى على ضياعها بعد وضع اليد بخمس عشرة سنة ولكنه لا تنافض فى الحقيقة بل يعمل بكل منهما فى أحوال مخصوصة وذلك أن المنع من سماع الدعوى على واضع اليد إنما أمر به بعد أن عم الظلم وفشا اغتيال أموال الناس بالباطل بسبب دعاوى الأقوياء على واضعى اليد بعد المدد الطويلة بملك ما وضعوا عليه أيديهم والحكم لهم بالملكية بناء على شهادات شهود غالبيتهم أداها رغبة فى أجر أو رهبة من جائر وبناء على ذلك لا يجوز للقضاة سماع الدعوى على واضع اليد بعد مضى خمس عشرة سنة ان كان فيها شبهة التزوير . أما اذا كانت الدعوى صحيحة لا شبهة للتزوير فيها كأن اعترف واضع اليد بملكية

المدعى لما يدعيه ولكنه دفع الدعوى بقوات المدة الطويلة على وضع يده . أو أظهر المدعى من السندات والحجج ما لم يبق معه مجال للاشتباه في صحتها فالحكم أنه وإن لم يجز للقاضي سماعها من تلقاء نفسه لكونه ممنوعاً منه يجب عليه أن يستأذن ولي الأمر في سماعها أو يطلب منه تعيين من يسمعها من القضاة ويحكم بالحق لصاحبه ويرده إليه .

ابتداء مدة وضع اليد

تبتدىء المدة المانعة من سماع الدعوى على واضع اليد من الوقت الذى يظهر فيه واضع اليد بمظهر المالك وعدم وجود عذر شرعى يمنع المدعى من سماع دعواه . فإن لم يظهر بهذا المظهر بأن اعترف بأنه مستأجر أو مستعير أو مرتين أو نحو ذلك فلا يصح المنع من الدعوى مهما طال الزمان وكذلك لا يمنع أن ظهر بمظهر المالك ولكن المدعى كان عنده عذر شرعى يمنعه من إقامة الدعوى كأن كان مريضاً أو مجنوناً أو صغيراً أو مسافراً أو خائفاً من جبروت واضع اليد بل تبتدىء المدة من وقت زوال هذه الأعذار أى بشفاء المريض وفاقاة المجنون وبلوغ الصغير رشيداً وحضور المسافر وأمن الخائف

ولا فرق في وضع اليد بين أن يكون لشخص واحداً أو لعدة أشخاص تعاقبوا وضع اليد وظهر كل منهم بمظهر المالك إذ المدة المعتبرة في منع سماع الدعوى تحتسب لو اضع اليد عن مدة وضع يده ومُدد وضع يد من تلقى المالك عنهم وإن كثر تعاقبهم كما لا فرق بين أن يكون تلقى المالك بعقد معاوضة أو بعقد تبرع وبين أن يكون بغير عقد

انقطاع المدة

لا يقطع مدة وضع اليد سواء كان في الارث والوقف أم في غيرها
الا المحاصصة أمام القاضي فإذا أقام مدعى الملك دعواه بعد خمس عشرة
سنة هجرية الا يوما سمعت دعواه لعدم فوات المدة ولكن اذا لم
يحكم فيها لسبب مّا كالغاء المحكمة قبل الحكم انقطعت المدة الأصلية
وابتدأت مدة جديدة من يوم اقامة الدعوى بحيث اذا تركت مدة خمس
عشرة سنة الا قليلا من هذا الوقت جاز سماعها . أما المطالبة في غير
مجلس القضاء فلا تقطع المدة ولو تكررت

وكما لا تسمع الدعوى بمضى المدة الطويلة لا تسمع اذا اقترنت بما
يفيد بطلانها ولو لم تمض المدة الطويلة كما اذا كان المدعى قد استأجر
هذه العين من واصلع اليد أو طلب شراءها أو استئجارها أو استعارتها
أو ارتهاها ثم ادعى ملكيتها بعد ذلك وكما اذا بيعت بحضوره وهو أجنبي
عن البائع ورأى المشتري يتصرف فيها تصرف المالك في أملاكهم
وسكت بدون عذر ولو زمنا قصيرا عن اقامة الدعوى . أما اذا بيعت
بحضوره وكان قريبا للبائع بأن كان ابنه أو كان احد الزوجين وسكت
بدون عذر بعد العقد ولو بزمن يسير فلا تسمع دعواه ولو لم يتصرف
المشتري في المبيع

(حكم وضع اليد على العقار والمنقول والديون والمنافع العامة)

ان جميع أحكام وضع اليد السابقة تسرى على العقار والمنقول والديون
على السواء بلا تمييز بينها على رأى علماء الحنفية وفرق الامام مالك رضى

الله تعالى عنه بين العقار والمنقول وبين بعض أنواع المنقولات وبعضها الآخر فليراجع من شاء.

وأما المنافع العامة فلا يمنع وضع اليد عليها من سماع الدعوى على واضع اليد مهما طال الزمن سواء كان المدعى من الهيئة الحاكمة أم الحكومة وسواء كان ممن ينتفع بالعين الموضوع عليها اليد أم لا لأن كل انسان له الحق في الانتفاع بها ومن كان كذلك يثبت له حق اقامة الدعوى ولو لم ينتفع بالفعل

المدة الطويلة في القانون

اعتبر القانون وضع اليد على الأملاك والأوقاف مدة معينة من أسباب الملك التام كالبيع الصحيح اللازم وقد تكفلت المواد (من ٧٦ الى ٨٧) ببيان أحكام هذا البحث وهي تنحصر اجمالاً فيما يأتى

(١) وضع اليد وما يشترط فيه (٢) زمن وضع اليد الموجب للملكية (٣) مضي المدة المسقط للحق، واليك مجمل ما جاء في كل قسم من هذه الأقسام مأخوذاً باختصار من شرح القانون (من صفحة ١٠٦ - ١١٥)

(١) وضع اليد وما يشترط فيه * وضع اليد هو تعمد حيازة الشيء حيازة مستأثر بمنافعه ومتصرف فيه استئثار المالك وتصرفه سواء كان وضع اليد من متعمد الحيازة بمباشرة أم بواسطة وكيله فوضع اليد ونية التملك شرطان للتملك بمضى المدة

ووضع اليد يكون في كل شيء بحسبه ففي ارادة كسب حق الملكية وحق الانتفاع وحق السكنى ونحو ذلك مما يحتمل الحيازة الفعلية لا بد من هذه الحيازة - وفي ارادة كسب غير هذه من الحقوق العينية ينظر فما كان منها مستمرا كالمطبخ على

الجار والشَّرب فتي وجد ابتداءً الحق ويستمر باستمراره ولا يبطل الا اذا سد المطل وانقطع الشرب وما كان غير مستمر فوضع اليد عليه يكون بالاستعمال الدائم كالمرور.

ويشترط في وضع اليد: (١) أن يكون ظاهرا (٢) أن يكون بالاختيار في الابتداء والاستمرار (٣) أن تكون اليد مستمرة بدوام استعمال الشيء الموضوع عليه اليد (٤) ألا ينقطع وضع اليد بسبب من أسباب الانقطاع

(٢) في زمن مضى المدة الموجب للحق * يختلف الزمن المذكور باختلاف حالة الشيء الموضوع تحت اليد وباختلاف حالة واضع اليد وذلك أن الشيء اما أن يكون وقفا أو مملوكا وواضع اليد اما أن يكون واضعا يده على حق مملوك لشريكه في الارث واما أن يكون أجنبيا عن وضع يده على ملكه. فان كان الشيء وقفا أو كان واضع اليد وارثا وضع يده على حق شريكه كان الزمن اللازم لاكتساب الملك ثلاثا وثلاثين سنة ، وان كان الشيء غير وقف وواضع اليد غير وارث اختلف الزمن باختلاف سنده ونيته — فان كان لا سند له أو له سند ولكنه غير حسن النية فالزمن خمس عشرة سنة واذا كان حائزا للمشرطين معاً فالزمن خمس سنين والمراد بالسند السند الصحيح وهو الذي لو كان صادرا من مالك لا تنقلت الملكية منه الى المتعاقدين معه فان كان السند غير صحيح فالزمن خمس عشرة سنة وذلك كالعقود الباطلة وكالأحكام ماعدا أحكام مرسى المزارد وكاعلان ثبوت الوراثة وقسمة الأملاك لأن هذه الأشياء اقرارية لا انشائية

ويترب على مضي المدة: (١) ملكية واضع اليد ملكية تامة (٢) سقوط الحقوق العينية اذا اعتبر واضع اليد الملك حرا بلا معارضة من أحد أو بالحكم له اذا عورض (٣) يزول كل عيب من السند الصحيح كالغش والخطأ والاكراه

(٣) في مضي المدة المسقطه للحق * مضي المدة المسقط خاص بالتعهدات والالتزامات والحقوق العينية التي يضيع الحق فيها بعدم استعمالها كحق المرور وهي تتم بمجرد مرور الزمان بشرط أن يكون الدين مستحقا ويختلف زمن مضي المدة المسقط

باختلاف التعهدات والالتزامات والحقوق لان منها ما يسقط بمضى خمس عشرة سنة كما سبق وهو الأصل ومنها ما يسقط بمضى خمس سنين ومنها ما يسقط بمضى ثلثة وستين يوما .

فأما تسقط بخمس سنين هي : (١) فائض المرتبات المقررة (٢) فائدة الديون (٣) المعاشات (٤) أجور الأراضي والمنازل والحكر والأموال الأثرية بالنسبة للمالك (٥) النفقات (٦) المكافآت التي تعطى للمستخدمين (٧) كل ما يستحق دفعه سنويا أو في دور مدته أقل من سنة (٨) الديون التجارية والتي تسقط بمضى ثلثة وستين يوما هي : (١) أجور الأطباء والمحامين والمهندسين (٢) أثمان المبيعات التي تباع من التجار لغيرهم أو لهم في غير ما يتعلق بتجاريتهم (٣) أجر المعلمين (٤) أجر الفعلة العاديين . وأما من كانت تدفع أجرته شهريا فالمدة فيه خمس سنين (٥) رسوم الأوراق المستحقة للمحضرين وكتابة المحاكم

ومضي المدة بالنسبة للملكية المنقولات اذا كانت بغير سبب صحيح أو بسبب صحيح مع سوء النية يكون بخمس عشرة سنة أما اذا كان بسبب صحيح وحسن نية اكتسب واضع اليد الملكية في الحال طبقا لقاعدة (حيازة المتقول سند ملكيته) ويستثنى من ذلك حالة ضياع الشيء أو سرقة فان وضع اليد عليه بسبب صحيح وحسن نية لا يفيد الملكية الا بمضى ثلاث سنين واذا استرده صاحبه قبل مضي السنين الثلاث وكان واضع اليد قد اشتراه من السوق العام معتقدا ملكية البائع وجب على صاحبه أن يدفع لذي اليد الثمن وكذا ان اشتراه ممن يتجر في مثله عادة . وعلى من يريد التوسع مراجعة شرح القانون

نزاع الملك جبرا عن صاحبه

الأصل أنه متى ملك انسان شيئا ملكا تاما بسبب من الأسباب السابقة لا يجوز أن ينزع منه ما ملكه الا برضاه ولكن قد توجد

دواع تدعو الى انتزاع الملك جبراً عن صاحبه وهذه الدواعى تنحصر في حالتين

الحالة الاولى - أن يكون المالك مديناً ديناً واجب الأداء وامتنع عن أدائه امتناعاً أدى الى رفع الدائن أمره الى القاضى فينشد يحكم القاضى بالحجر على أمواله لايفاء الدين منه فان كان فيها نقود حكم بأدائه منها وكذلك اذا كان الدين شيئاً من المسكيات أو الموزونات أو العدييات المتقاربة وعند المدين من جنسها ما يفي بالدين فان لم يكن في أمواله شيء من جنس الدين باع الحاكم من أمتعته بقدر ما يفي به بشرط ألا يكون فيه غبن على المدين وأن يبدأ بالأيسر فالأيسر على المدين فيباع أولاً ما يتسارع اليه الفساد ثم غيره من المنقولات ثم العقارات ولا يمكن رفقا بالمدين يجب أن يترك له الشيء الضرورى هو ومن تلزمه نفقتهم من مأكل وملبس ومسكن وبقدر الضرورى من المأكل بما يكفيهم الى الوقت الذي يحصلون فيه على غيره

فان كان أجيراً يأخذ أجرته يومياً يترك له قوت يومه وان كان يأخذها أسبوعياً ترك له قوت أسبوع . وان كان موظفاً يأخذ مرتبه شهرياً ترك له قوت شهر وان كان زارعاً يترك له ما يكفى الى حين حصاد زرع جديد ومن الملبس بدلة وقيل بدلتان . ومن المسكن ما يسع سكنهم وحفظ أمتعتهم الضرورية فان لم يوجد للمدين غير هذه الأشياء الضرورية فلا يباع شيء منها لأن استيفاء الضروريات مقدم على أداء الديون حتى لا يكون المدين ومن يعولهم عرضة للهلاك وذلك مما تأباه العدالة ويحرمه النظام العام . هذا كله رأى الصاحبين

وقال الامام أبو حنيفة لا يجوز الحجز على المدين ولا بيع أملاكه جبراً عنه لأن في ذلك اهداراً لدميته والحقاً له بالبهايم بل يأمره بالدفع فان امتنع حكم بحبسه حتى يؤدي دينه سواء كان ذلك بواسطة بيع شيء من أملاكه أم بغيره كالقرض ورأى الصاحبين هو المعتمد

على مقتضى رأى الصاحبين من الابتداء ببيع الأيسر فالأيسر وترك الضروري للمدين ذوات أحكام اللامحة التنفيذية للمحاكم الشرعية الصادرة في ١٤ ابريل سنة ١٩٠٧ وكذلك قانون محاكم الأخطاط. أما القانون المدني فلم يفرق في الحجز على أموال المدين بين الابتداء بالعقار أو بالمنقول ومع ذلك فقد استثنى مما يجوز الحجز عليه بعض المنقولات وهي

- (١) الأجر والمرتبات والمعاشات على التفصيل الوارد في المادة ٤٢٤ مرافعات والأمر العالي الصادر في ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٠ بالقيود المدونة فيها
- (٢) النفقات والمبالغ الموهوبة أو الموصى بها للنفقة أو المشترط فيها عدم جواز الحجز عليها الى آخر ما جاء بالمواد ٤٣٦ - ٤٣٧ - ٤٣٨ مرافعات .
- (٣) الفرائش والثياب والملابس على الوجه المبين في المادة (٤٥٤) مرافعات
- (٤) الكتب الضرورية لحرفة المدين والآلات والعدد اللازمة للصناعات

صناعاتهم الى آخر ما جاء بالمادة ٤٥٥ مرافعات وكذلك استثنى قانون محاكم الأخطاط من الأموال التي للمدين بعض المنقولات وهو لا يخرج في الجملة عما ذكر وهذا الاستثناء مبين بالمواد (١٩٤ - ١٩٥ - ١٩٦) . وأخيراً توسعت الحكومة المصرية في الاستثناء لحماية صغار المزارعين من مخالب ذوى الجشع من المراءين فوضعت لذلك قانون (خمس أفدنة) الصادر عليه الأمر العالي في أول مارس سنة ١٩١٣ فقد نص فيه على أنه لا يجوز الحجز على الأملاك الزراعية التي يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأطنان الا خمسة أفدنة أو أقل ويدخل في ذلك مساكن الزراع المذكورين وملحقاتهم وأدبائهم من الدواب

المستعملة للجر والآلات الزراعية اللازمة لاستثمار الأرض - ولكن لا ينسرى هذا الاستثناء في الأحوال الآتية إذا كان المدين يملك أكثر من خمسة أفدنة وقت نشوء الدين أو كان غير مزارع أو حكم عليه بمبالغ بسبب جنائية أو جنحة أو نفقة زوجية أو أجرة رضاع أو حضانة أو ما يكون مستحقاً من المهر أو يكون سنداً لدين مسجلاً وقت العمل بهذا القانون أو ثابت التاريخ من قبل ومثل الدائنين في ذلك من يحل محلهم (أنظر شرح قانون خمسة الأفدنة لسعادة قحج بك وكيل مدرسة الحقوق)

الحالة الثانية - أن يكون الملك محتاجاً إليه للمنافع العامة كحفر الأنهار والترع وفتح الطرق والشوارع وتوسيعهما وتوسيع الجسور وتقويتها وإنشاء الحصون والمرافئ والسكك الحديدية وغير ذلك مما هو مخصص لمنفعة العامة فإنه إذا احتيج إليه شيء مما ذكر ولم يقبل المالك إعطائه مختاراً بالثمن الذي يتفق عليه مع الحكومة يحكم القاضي بنزع ملكيتها جبراً عنه في مقابلة ثمن يقدره الخبراء العادلون ويجوز أخذ أموال الوقف للمنافع العامة ولكن يجب مراعاة مصالحه الموقوف عليهم بأن تستبدل بما هو أحسن صقعا وأغزر ريعاً. وإن كان المأخوذ للمنافع العامة من أرض الحكومة التي أعطتها للأهالي لينتفعوا بزراعتها بأجرة أو في نظير دفع الخراج وجب أن ترفع الأجرة والخراج عما أخذت منه

ليس في القانون المدني من أسباب نزع الملك جبراً عن صاحبه غير الحالتين اللتين سبق بيانهما. ويشترط لنزع الملك للمنافع العامة قانوناً شرطان وهما: (١) صدور امر عال (٢) تمويض المالك قيمة ما نزعت ملكيته منه. والذي له هذا الحق هو: (١) مصالح الحكومة (٢) المصالح العمومية الأخرى (٣) الشركات والأشخاص

الذين يريدون أن يعملوا عملا ذا منفعة عمومية تقررها الحكومة . وينزع ما يكون لازما للمنفعة من العقار كله أو بعضه ويقدر التعويض بالاتفاق أو بحكم المحكمة بناء على تقدير الخبراء ويلاحظ في التقدير ما قد ينشأ عن نزاع بعض المالك من الزيادة أو النقصان في قيمة الباقي فإن أخذ كل العقار فلا يلاحظ ذلك ، ويترتب على نزع الملكية : (١) أن يعتبر الأمر العالى الصادر بنزع الملكية كعقد ملكية مسجل (٢) يعتبر الاتفاق على الثمن وملحقاته عقدا رسميا (٣) يبرأ طالب نزع الملكية من كل حق للغير متى دفع الثمن للمالك (٤) تنتقل العقارات المنزوعة ملكيتها خالية من جميع الحقوق (٥) إذا تبين أن الملك لغير من ذكر اسمه في الأمر العالى فليس للمالك الا أن يرجع عليه اذا كان أخذ الثمن فإن لم يكن أخذه تولاه بالطرق القانونية من خزينة الحكومة (٦) لا يتوقف نزع الملكية على أى دعوى تكون مقامة بشأن العقار وإنما يتحول حق ذى الشأن في تلك الدعاوى من العقار الى الثمن .

هذا كله اذا كان المالك حاضرا وأهلا للتصرف وغير محل خيري فإن كان المالك من غير هؤلاء فلا تجوز الممارسة على الثمن الا اذا كان طالب نزع الملكية مصلحة أميرية . ولا يجوز للأوصياء أو القوام استلام الثمن الا باذن خصوصى من الجهة التى لها النظر في ذلك . فإن كان العقار وقفا إسلاميا وجب ايداع الثمن في خزينة ديوان عموم الأوقاف ولكن المتبع الآن هو الايداع في خزائن المديرية والمحافظات والقضاة الشرعيون لا يرخصون بالبيع الاعلى هذا الشرط . وان كان وقفا غير اسلامى سلم الثمن الى الجهة التابع لها الوقف (انظر شرح القانون من صفحة ١١٦ — ١٢٢)

المداينات

المداينات جمع مداينة وهى مأخوذة من دأى اذا أخذ بالدين وأعطى به وتنحصر مباحث المداينات فى تعريف الدين . وأقسامه . وإيفائه والمقاصة فيه . والإبراء عنه . وتجديده وفسخ العقد المترتب عليه الالتزام بالدين . وسقوطه

تعريف الدين

الدين معناه لغة كل شىء غير حاضر . ويجمع على ديون وأدين . والدائن من له الدين والمدين والمديون من هو عليه . وقيل المديون كثير الدين وهى لغة بنى تميم والحجازيون لا يقولون مديونا وإنما يقولون مدينا .

ومعناه شرعا ما ثبت من المال فى الذمة بسبب من الأسباب الموجبة له . وهى على سبيل الإجمال ثلاثة أسباب: الأول العقود. الثانى النصوص الثالث الأفعال . فالعقود كالقرض والبيع والإجارة والكفالة والحوالة والزواج والخلع وغير ذلك . والديون التى تثبت بها هى : بدل القرض والثلن . والأجرة . والكفول به . والمحال به . والمهر . وبذل الخلع . وهكذا . والنصوص هى الأحكام الشرعية بثبوت النفقات على اختلاف أنواعها فانها تكون دينا فى ذمة من وجبت عليهم شرعا . والأفعال كالغصب واستهلاك أموال الغير بالتعدى فانها تثبت بها أمثالها ان كانت من المثليات أو قيمها ان كانت من القيميات فى ذمة الغاصب والمستهلك

سواء أهلكها بنفسه أم أهلكها من هم تحت رعايته من القصر والمجانين أو ما هو في ملكه من الأعيان كجناية الحيوانات والهلاك بعدم اتخاذ الحيلة في المباني حتى سقطت فألفت شيئا وفي هذا المبحث بيان شاف في الجزء الخامس من ابن عابدين (من صفحة ٥١٦ - ٥٤٨) فليراجع من شاء.

المداينات في القانون

أدمج القانون المدني الكلام على المداينات في مباحث التعهدات والالتزامات لأنها من جزئياتها ولكنه أفردا بالكلام في المواضع التي لا يشترك معها فيه غيرها كالقاصة والابراء واستبدال الدين بغيره ونحو ذلك ثم تكلم على حقوق الدائنين فبين أنواعها في المواد (من ٥٥٤ - ٦٠٥) وسيأتي بيان التعهدات والالتزامات القانونية عقب مبحث كتاب العقود والتصرفات الشرعية والآن نبين باختصار ما يتعلق بالديون من هذه المباحث

أسباب الديون في القانون

أسباب الديون في القانون ثلاثة كما في الديون الشرعية

الاول - توافق المتعاقدين (العقود والتصرفات) وهي مبنية بالمواد (من ١٢٨ - ١٤٣)

الثاني - الأفعال التي تصدر من الشخص نفسه أو عن هم في كفالته أو من أمواله أو من أموالهم وهي مبنية بالمواد (من ١٤٤ - ١٥٣)

الثالث - نصوص القانون وهي مبنية بالمواد (من ١٥٤ - ١٥٧)
فالدين الواجب بالعقود سيأتي الكلام عليه في ضمن الكلام على العقود من أقسام التعهدات القانونية والديون التي تجب بالنوعين الآخرين هي بعينها المبنية في أسباب الديون الواجبة بهما شرعا بدون فرق مطلقا بين أنواعهما

أنواع الدين

ينقسم الدين باعتباراته المختلفة الى أنواع كثيرة وذلك أنه باعتبار وصفه ينقسم الى حال ومؤجل ومقسط - وباعتبار قوته ينقسم الى ممتاز وغير ممتاز . والى صحيح وغير صحيح . والى دين صحة ودين مرض - وباعتبار سببه بالنسبة للمدين ينقسم الى ثابت أصالة في الذمة وثابت تبعاً لثبوته على شخص آخر وبالنسبة للدائن ينقسم الى مشترك وغير مشترك واليك بيان كلٍّ

الدين الحال ما تصح المطالبة به فوراً والدين المؤجل ما لا تصح المطالبة به الا وقت حلول الأجل . ويشترط في الأجل لصحة العقد المترتب عليه الدين أن يكون معلوماً عند المتعاقدين علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع - والدين المقسط ما يؤدي أجزاء متفرقة في أوقات متعددة - ويشترط لصحة التقسيط أن تكون الأجزاء معلومة وأوقات الأداء معينة كما ذكر . وإذا اشترط الدائن أنه اذا تأخر المدين عن دفع أى قسط في وقته تحل بقية الأقساط اعتبر الشرط ووجب العمل به وان لم يشترط ذلك وتأخر المدين فلا تحل .

والدين الممتاز هو ما أخذ به الدائن رهناً وسيأتى الكلام على هذا النوع في مبحث الرهن . وغير الممتاز أو العادى هو ما لا رهن به . ودين الصحة هو ما ثبت في ذمة المدين حال صحته سواء علم سببه بأن كان ثمن مبيع مثلاً أم لا . كما اذا ثبت بالاقرار - ودين المرض هو ما ثبت في ذمة المدين أثناء مرض موته فان علم سببه كان في قوة دين الصحة

وان لم يعلم سببه كان أضعف منه فلا يأخذ من استحققه شيئاً الا بعد استيفاء أرباب الديون المذكورة حقوقهم ومن ذلك يعلم أن الديون باعتبار قوتها مرتبة كما يأتي :

(١) الديون التي أعطى بهارهن سواء كان عقاراً أم منقولاً ولا يتعدى الامتياز الرهن الى ما عداه من أملاك المدين كما سيأتي

(٢) ديون الصحة سواء علم سببها أم لا وديون المرض التي علم سببها وليس بشيء منها رهن

(٣) ديون المرض التي لم يعلم سببها اذا كانت لغير وارث أو لو ارث وصدّق الورثة المقر فان كانت لو ارث ولم تصدقه الورثة فلا يعتبر ديناً

والدين الصحيح هو الذي لا يسقط الا بالآداء أو الإبراء وهو يشمل جميع الديون ما عدا ديون النفقة غير المستدانة أصلاً أو المستدانة بغير الرضا والقضاء ، وغير الصحيح ما يسقط بغير ما ذكر بكيفية أنواع النفقات فانها اذا كانت للزوجة تسقط بالموت أو الطلاق واذا كانت لغيرها من الأقارب تسقط بزوال الوصف الموجب لها .

والدين الثابت أصالة في الذمة هو ما وجب في ذمة المدين ابتداء وهو كل الديون ما عدا دين الكفالة والحوالة . وما ثبت تبعاً هو كل من النوعين المذكورين فانهما انما يثبتان بالتبعية لثبوتهما في ذمة المكفول عنه والمحال عليه وسيأتي بيان كل منهما في مبحثه الخاص به

والدين المشترك ما كان سبب ثبوته في ذمة المدين متحداً كأن يكون ثمن مبيع مشترك بيع صفقة واحدة ولم يذكر في العقد مقدار

نصيب كل واحد أو أجرة مال مشترك . أو آيالا لورثة عن مورثهم .
أو قيمة مال مستهلك مشترك . أو أداء الكفلاء من مال الشركة بأمر
المكفول عنه فانه يكون مشتركا عليه

وحكم هذا القسم انه يجوز لكل واحد من الشركاء أن يطالب
بحصته منه متى كانوا حاضرين فان كان أحد الشركاء غائبا جاز للحاضر طلب
نصيبه ولا ينتظر الغائب وللقاضى أن يجبر المدين على أداء نصيبه ولا فرق
في جواز المطالبة بهذه الصفة بين أن يكون بالدين رهن أو كفيل لكل
الشركاء أو لبعضهم دون البعض الآخر . وإذا سقط نصيب أحد الشريكين
أو الشركاء في الدين عن المدين فلا يخلو من أن يكون سبب سقوطه
استيفاءه أو هلاك الرهن الذي تحت يده بهذا الدين . أو تركه بعوض أو
بغير عوض . أو المقاصة به . فان كان سبب سقوطه استيفاءه سواء كان
من المدين أم من الكفيل بحصته أم من الحال عليه بها جاز للآخر أن
يشاركه فيما أخذه بنسبة نصيبه ويشاركه بالأولى إذا كانت الكفالة
والحوالة بكل الدين . وجاهز له ان يتبع المدين بنصيبه . فان اختار اتباع المدين
فلا يكون له الحق في الرجوع على شريكه الا اذا هلك نصيبه بموت
المدين مفلسا . وان كان السقوط بسبب هلاك الرهن المأخوذ
به أو كان بسبب تركه بعوض فالحكم كما ذكر سواء كان العوض
مالا كما اذا اشترى بنصيبه شيئا من المدين أم منفعة بأن استأجر به
شيئا منه ويجوز أيضا لشريكه أن يشاركه فيما اشتراه واستأجره اذا
تراضيا على ذلك . أما اذا كان العوض بدل صلح فان كان هذا
البذل من جنس الدين كان شريكه مخيرا بين أن يشاركه فيما أخذه قل

أو كثر بنسبة نصيبه في الدين وبين أن يتبع المدين بحصته كما ذكر في الاستيفاء وإن كان من غير جنس الدين فالحكم فيه كالشراء . ولا فرق في الرجوع على الآخذ بين أن يكون ما أخذه قائما عنده وبين أن يكون تصرف فيه تصرفا يجعل للغير حقا عليه أو استهلكه سواء كان من جنس الدين أم من غير جنسه ولكن إذا هلك ما أخذه تحت يده بدون تعد ولا تقصير فلا رجوع لشريكه عليه بشيء وإنما يرجع على المدين بحصته وإن كان بسبب ترك الدين بلا عوض فسواء كان بالهبة أم بالابراء فلا رجوع لشريكه عليه وإنما يرجع بنصيبه على المدين

وإذا كان السقوط للمقاصة فإن كانت بسبب اتلافه شيئا من مال المدين أو بحدوث دين للمدين عليه بعد ثبوت الدين المشترك جاز لشريكه أن يرجع عليه بنصيبه فيما سقط قصاصا أو أن يرجع على المدين . والرجوع على الشريك يكون بمثل نصيبه لا بعينه ولو كان قائما لأن الديون تقضى بأمثالها .

وان كان بسبب ضمان أحد الشريكين مدينا لمن عليه الدين المشترك سقط نصيبه قصاصا بهذا الضمان . أو كان على أحد الشريكين دين للمدين سابق على الدين المشترك فيتقابل الدينان قصاصا ولا يرجع الشريك على شريكه بشيء ولو رجع الشريك الضامن على المكفول عنه وأخذ منه ما أداه عنه في صورة الضمان . وإنما يرجع الشريك الآخر على المدين بنصيبه وإذا مات المدين وكان أحد الشريكين في الدين وارثا له والتركة لا تفي بدينيهما اشتركا فيها على حسب حصة كل واحد منهما في الدين . ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في الدين المشترك تصرفا

يضر بالآخر فلا يجوز لأحدهما إذا كان الدين المشترك موروثاً أن يؤجل نصيب شريكه في الدين الحال أو يبطل أجله بدون إذن شريكه الآخر ولكن يجوز له أن يؤجل نصيب نفسه لأن له الولاية على ماله - فان كان الدين واجباً بمباشرة أحد الشركاء في شركة العنان وأجله المباشر كله أو بعضه صح تأجيله وإن أجله غيره أو أجل حصته فقط لا يصح - ولا يصح تأجيل دين القرض المشترك من المباشر لعقد القرض أو من غيره لأن عقد القرض نفسه غير لازم فكذلك الأجل فيه

والدين غير المشترك هو ما كان سبب ثبوته في ذمة المدين مختلفاً كأن يكون أحد الدينين بدل قرض . والآخر ثمن مبيع مشترك ولكن سمي كل واحد لنصيبه ثمناً حين العقد وحكمه أنه يجوز لكل واحد من الدائنين أن يستوفي دينه على حدة من المدين وما يأخذه يكون له خاصة ولا يشاركه فيه غيره من الدائنين إلا إذا كان المدين محجوراً عليه بسبب الدين وأعطى من المال الذي تخصص بالحجز لآداء الديون فإنه حينئذ يبطل تصرفه ويستردُّ المال ممن أخذوه إذا لم يجزه الدائنون

أنواع الديون في القانون

قسم القانون في المادة (٥٥٤) أنواع الديون الى خمسة أنواع

الأول الديون العادية

الثاني الديون التي بها رهن عقارى

الثالث الديون التي ثبت لأصحابها حق الاختصاص بعقارات الدين كلها أو

بعضها لاستيفاء ديونهم

الرابع الديون الممتازة التي لأصحابها بسبب ديونهم حق الأولوية في استيفائها من ثمن منقولات أو عقارات معينة مما يملكه المدين الخامس الديون التي لأصحابها حق صالح للاحتجاج به على بقية الدائنين في حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم الى حين استيفاء ديونهم مع مراعاة الاجراءات المقررة في القانون مادة (٥٥٥)

وحكم النوع الأول أنه يجوز للدائنين استيفاء حقوقهم من جميع أموال مدينهم لأن القانون يقضى بأن أموال المدين بحملتها ضامنة لتعهداته مادة (٤٤١) ولا يجوز الطعن من الدائنين في تصرف المدين في أمواله بمقابل الا اذا كان التصرف حاصلا للاضرار بحقوقهم مادة (٥٥٦)

وقد أبان شارح القانون الطريق الوسط الذي اتخذته القانون لحفظ أموال الدائنين العاديين من جهة . ولجمل وسائل الاستيفاء غير معطلة للعمليات ولا ضارة بانتفاع المالك كما يشاءون بما يملكون من جهة أخرى . وقد حصر هذه الحقوق في نوعين: (١) حقوق تمكن الدائنين من استيفاء أموال المدينين (٢) حقوق تجعل التنفيذ على تلك الأموال عند الحاجة مؤديا للغرض المقصود منه . وتنحصر التصرفات التي يجوز ابطالها فيما يأتي:

(١) العقود بأنواعها (٢) التنازل عن حق مكتسب (٣) الابراء من التعهد (٤) الصالح الحاصل أمام المحكمة بتواطؤ بين المدين والخصم الآخر (٥) ترك التمسك بمضى المدة الذي تم — ويشترط فيما يجوز ابطاله من المعاولات أن يكون ضارا بالدائن وقت ارادة ابطال التصرف وأن يكون الضرر مقصودا (وفي هذا المقام تفصيل أوسع فليراجع)

وأما التبرعات فلا يشترط في جواز ابطالها الا أن تكون مضرّة بالدائنين سواء كان الضرر مقصودا أم لا — ثم أبان بياناً شافياً : من له حق ابطال التصرفات . وحكم ابطالها بالنسبة لمن أبطاها . ولمن تعامل مع المدين . ولباقى الدائنين فليراجعه من شاء

ثم أبان حقوق المدين التي يجوز للدائن استعمالها وهي : (١) الاجراءات التي يحفظ بها مال المدين (٢) الدعاوى التي تفيد ذلك (٣) دعاوى التعويض عما تلف من ماله بعمل الغير (٤) الطعن في الأحكام بالطرق القانونية (٥) تقاضى الديون التي قبل الغير للمدين (٦) طلب الغاء العقود التي لم تنعقد أو لم تستوف شرائط صحتها — واشترط لجواز استعمال هذه الحقوق ثلاثة شروط : (١) أن يكون الحق موجودا (٢) أن يكون مالا (٣) أن يكون للدائن فائدة حاضرة من العمل وأما التي لا يجوز استعمالها من الحقوق فهو غير ما ذكر — وذكر في نهاية هذه المباحث الهامة حكم استعمال حقوق المدين بالنسبة للمدعى عليه من حيث جواز دفع الدائن بما جاز له أن يدفع المدين . وبالنسبة للمدين من حيث عدم علاقته بسعى الدائن فربحه له وخسارته عليه . وبالنسبة لبقية الدائنين من حيث كونهم أجنب عن الدعوى ولهم اذا خسرت اقامتها باسمهم . وهاك ملخص ما قاله في النوع الثاني وهو ما يجعل التنفيذ على أموال المدين وافيا بالغرض المقصود منه وذلك عبارة عن الاجراءات التحفظية الجارئة للدائنين ليصلوا بها الى استيفاء حقوقهم المضمونة بمجموع أموال المدينين وهذه الاجراءات هي :

- (١) حق طلب تعيين القيم على المدين السفيه أو المعتوه
- (٢) حق وضع الأختام على تركة المدين
- (٣) حق التداخل في قسمة المال المشترك
- (٤) حق طلب الاعتراف بالتوقيع على سند التعهد
- (٥) حق طلب الحجز التحفظي على الفروشات ونحوها والمنقولات الموجودة بالمال المؤجرة والثمار والمحصولات

ثم بعد ذلك اذا لم يدفع المدين جاز للدائن أن يعتمد الى التنفيذ القهري بطلب بيع أمواله كلها أو بعضها جزاء عليه بالمراد العام أمام المحكمة وأخذ حقه من ثمنها فاذا استوفى أحد الدائنين العاديين حقه بالطرق المشروعة فليس لغيره مزاحمة فيه وسيأتى بيان ذلك في وفاء الدين

حكم بقية أنواع الديون قانونا

حكم بقية الأنواع أنها يقدم فيها الأقوى فالقوى فالضعيف . فأقوى الديون إذا اختلفت أنواعها هو الدين الممتاز امتيازاً عاماً وأنواعه (١) المصاريف القضائية (٢) المبالغ المستحقة للحكومة من الضرائب والرسوم (٣) الأجرة المستحقة للمستخدمين عن خدمة سنة سابقة وللكتابة والعملة عن عمل ستة أشهر مضت (٤) دين من صرف شيئاً لحفظ الشيء (٥) دين صاحب حق الجلس . وبلى ما ذكر : (٦) الدائنون الممتازون امتيازاً خاصاً والمرتهنون لهذه المبيعات بحسب تاريخ التسجيل للامتياز (٧) الدائنون الذين لهم حق اختصاص على العقار بحسب تواريخ تسجيلاتهم مع اعتبار من سجلوا في يوم واحد طبقة واحدة (٨) الدائنون العاديون

وقد ذكر الشارح ترتيباً آخر للدائنين الممتازين إذا تزاوجوا على ثمن المنقولات وأبان أنواع تلك المنقولات . والذين تزاوجوا على ثمن الثمار والزروع وهذا الترتيب جدير بالاطلاع عليه وأولاً زيادة التطويل لذكرتها تفصيلاً - ولا امتياز لأحد من أرباب الديون العادية المتساوين في الرتبة على الآخرين بل تقسم أموال المدينين بينهم بنسبة ديونهم كما لا تفاضل بين المرتهنين إلا بأسبقية تاريخ سجل رهنهم

فإن سجلت في يوم واحد فلا فرق بينها ولا فرق بين الاختصاص والرهن إلا بأسبقية التسجيل أيضاً ولكن إذا سجل الرهن والاختصاص في يوم واحد فالأولوية للرهن العقاري إلا إذا كان الغرض من الرهن الاضرار بحقوق ذوى الاختصاص وثبت ذلك فيقدم صاحب الاختصاص على العقارات - وأما ما يختص بهلاك الرهن أو بيعه أو التصرف فيه أو نحو ذلك فسيأتي الكلام عليه عقب كتاب الرهن وكذا ما يختص بالدين المضمون (شرح القانون من صفحة ٣٥٦ - ٣٨١ ليس في شيء مما ذكر ما يصدر أحكام الشريعة الغراء

وفاء الدين

وفاء الدين اما أن يكون بأدائه نقداً أو بسقوطه عن المدين فان كان بأدائه نقداً فاما أن يكون المؤدى هو المدين أو غيره فان كان هو المدين فاما أن يكون مجبورا عليه لدين أو لا وان كان غيره فاما أن يكون بأمر المدين أو بغير أمره وان كان بأمره فاما أن يكون للمأمور صيرفيا أو شريكا للآمر أو خليطا له (أى بينهما أخذ وعطاء) أو كان المأمور من عيال الآمر أو بالعكس واما أن يكون غير هؤلاء وان كان غير هؤلاء فاما أن يشترط الرجوع على الآمر أو يكون الأمر مفيدا للرجوع أولا يشترط ذلك ولا يكون مفيدا له والآخذ للدين اما أن يكون مجبورا عليه أولا .

وان كان قضاء الدين بسقوطه فاما أن يكون السقوط بالمقاصة أو الإبراء أو باحالة الدين من ذمة المدين الى ذمة غيره أو بتجديد عقد الدين أو بفسخ العقد المترتب عليه الالتزام فان كان المؤدى هو المدين ينظر فان كان غير مجبور عليه لدين وأداه من ماله للدائن نفسه أو وكيله ان كان أهلا للقبول أو لوليه أو وصيه ان لم يكن أهلا له برئ من الدين سواء أداه بنفسه أم بواسطة شريكه أم أداه عنه كفيله ولا يشترط في صحة البراءة أن يكون المدين تام الأهلية للتصرف بل يكفي أن يكون مميزا عاقلا سواء كان صغيرا أم معتوها . أما اذا أداه من غير ماله ثم استحق أو وجد ما أداه من ماله نقودا زائفة أى غير رائجة لغلبة الغش فيها فردها الدائن على المدين يعود الدين بالحالة

التي كان عليها فإذا كان أصله مؤجلا وأداه المدين قبل حلول الأجل عاد بالاستحقاق والرد مؤجلا كما كان . كما لا تبرأ ذمته إذا دفع الدين إلى الدائن المحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فهلك في يده أو ضاع منه ولوليه أو وصيه مطالبة المدين به وأخذه منه . ويجبر الدائن على قبول الدين المؤجل إذا أراد المدين أدائه فورا ولكنه لا يجبر على قبول بعض دينه الحال وتأخير البعض إلا إذا كان معسرا لا يملك ما يوفي به كل دينه فإنه يمهل إلى الميسرة هذا إذا كان الدين متحد السبب فإن كان عليه دينان ودفع أحدهما بريئ منه وإن اختلفا في تعيين المدفوع وكان الدينان غير متساويين في القوة بأن كان أحدهما مشمولاً برهن أو كفالة دون الآخر أو كان أحدهما خاصا والآخر مشتركا أو غير ذلك من الاختلافات كان القول للمدين بيمينه في تعيين نوع الدين الذي دفعه

وإن كان المؤدى للدين هو غير المدين بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أم لم يقبل ولا يرجع بما دفعه على المدين مطلقا لكونه متبرعا ولا على الدائن إلا إذا كان الدائن قد أبرأ المدين بعد استيفاء دينه من المتبرع فإن له الرجوع على الدائن بما أداه له

وإن كان المؤدى للدين هو غير المدين ولكن أداه بأمره ينظر فإن كان ما أداه عنه هو دين أو نفقة على عيال الأمر ومن تلزمه نفقتهم أو مغارم وجبت عليه أو عوائد أملاكه أو رسوم قضاياء المطالبة منه أو كان كفيلا عنه بأمره أو كان قد أمره بشراء شيء له بماله أو ببناء دار بمصاريف من طرفه ففعل المأمور ذلك رجع على الأمر بما أداه في

هذه الصور سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترط وان كان ما أداه من غير الأنواع المذكورة بأن أمره أن يدفع عنه مبلغا معلوما لشخص معين ينظر فان كان المأمور صيرفيًا أو شريكًا للامر أو خليطًا له (أى بينهما معاملة) أو كان الامر في عيال المأمور كابنه أو خادمه أو بالعكس كأبيه فله الرجوع على الامر ولو لم يشترط الرجوع عليه . وان لم يكن المأمور أحد هؤلاء فلا يرجع إلا اذا صرح الامر له بأن يدفع قضاء عنه . أو على أن ما يدفعه يكون دينًا عليه ، أو ضامنًا له أو اشترط الامر الرجوع عليه بما يدفعه فان لم يشترط الرجوع ولم يصرح بشيء مما ذكر فليس له أن يرجع على الامر وانما يكون له حق الرجوع على الآخذ واسترداد ما أخذه منه ان لم يكن الامر مدنيًا للآخذ والآخر رجوع له عليه أيضا . ومثل ما ذكر في الحكم ما اذا أمر شخص غيره بأن يهب عنه مبلغا لشخص معين أو يقرضه له أو يحج عنه أو يؤدي زكاة ماله أو نحو ذلك من الواجبات الدينية أو الخيرية

والقاعدة العامة في جميع ما ذكر أن كل موضع يملك المدفوع اليه المال مقابلا بملك مال له يرجع المأمور بما أنفق على الامر ولو لم يشترط الرجوع عليه . وفي كل موضع لا يملك المدفوع اليه المال مقابلا بملك مال له فلا يرجع المأمور بشيء الا اذا اشترط الرجوع

واذا كان المأمور قد أدى الدين عن الامر وأداه الامر أيضًا عن نفسه فان أثبت المأمور بالبينة أو باقرار الامر أنه أدى بعد الامر وقبل أداء الامر كان له حق الرجوع على الآخذ أو الامر وان لم يثبت ذلك بما ذكر رجوع على الآخذ فقط لا على الامر - وهذا كله اذا كان

الآخذ للدين غير محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فإن كان كذلك فلا يصح دفع الدين إليه بل يدفع لمن له حق الولاية على أمواله كوليّه أو وصيه - وسيأتي بينهما في الكلام على أهلية العاقدین في كتاب العقود - وإذا أدى الدين للمحجور عليه بسبب مما ذكر فهلك أو ضاع في يده لا يبرأ بل يكون للوصى أو الولي مطالبتة به واستيفاءه منه وإذا كان المكلف بإيصال الدين هو رسول المدين فضاع منه أو هلك بدون تعديه قبل وصوله إلى الطالب كان ضياعه وهلاكه من مال المدين وإذا كان هو رسول الطالب وآخذ الدين من المدين بأمر مرسله فضاع أو هلك فهو على الطالب ويبرأ المدين من الدين ولو دفع إنسان لآخر مالا ظاناً أنه واجب عليه ثم ظهر أنه غير واجب فله الرجوع به على من أخذه منه لأنه لا عبرة بالظن البين خطأ كما إذا دفع المشتري للشفيع مبلغاً في نظير اسقاط شفيعته فإن الشفيعه تسقط ولا يستحق الشفيع شيئاً بل يرد ما أخذه وإذا امتنع المدين عن أداء دينه لصاحبه وامتنع كفيله عن ذلك أيضاً وظفر الدائن من مال أحدهما بجنس دينه وهو على صفته كان له أخذه ولو بدون رضا صاحبه سواء كان هو الأصيل أم الكفيل

محل وفاء الدين

ان كان الدين مماله حمل ومؤنة واشترط تسليمه في مكان معين صح الشرط ووجب العمل به - وان لم يشترط ذلك سلم في مكانه الذي كان فيه وقت العقد - وان لم يكن له حمل ومؤنة فلا يصح تعيين مكان التسليم - ويجوز للدائن تسليمه في غير المكان المعين ما دام مأموناً

وأما قضاء الدين بالمقاصة وغيرها من أسباب سقوطه عن المدين
فسيأتى الكلام عليها في المباحث الآتية

انقضاء التعهدات والالتزامات المترتب عليها الدين قانونا

تنقضى التعهدات المترتب عليها الدين بأحد الأسباب الآتية
(١) الوفاء (٢) الإبراء (٣) استبدال التعهد بغيره (٤) المقاصة (٥) اتحاد الذمة
(٦) فسخ العقد (٧) مضي المدة

الوفاء

وفاء الدين قانونا مبين بالمواد (١٥٩ — ١٧٦) وينحصر في بيان
المؤدى والمؤدى اليه . ومكان الأداء . وزمانه . ومصاريفه . ومن له تعيين المدفوع
إذا تعددت الديون

المؤدى

يجوز أن يكون للمؤدى للدين هو المدين أو غيره ولو بدون رغبة الدائن سواء
كان هذا الغير مأمورا بالدفع أم فضوليا وله أن يرجع بما دفعه على المدين ان لم
يكس الغرض بالدفع الاضرار به (في الشريعة يعتبر الفضولى متبرعا ولا رجوع
له على المدين) . وتكون التأمينات التي كانت على الدين الأصلية تأميننا لمن دفع
الدين في أربعة أحوال (١) اذا قبل ذلك الدائن عند الأداء له (٢) اذا كان
الدائن ملزما مع المدين بأداء الدين أو بوفائه عنه (٣) اذا كان الدافع دائئا وفى
لدائن آخر مقدم عليه بحق الامتياز أو الرهن العقارى أو أدى ثمن عقار اشتراه
للدائنين المرتهنين لذلك العقار (٤) اذا صرح القانون بحل من أدى الدين محل
الدائن الأصلي — ويشترط في المؤدى لصحة الأداء أن يكون أهلا للتصرف ومع
ذلك لو أداء من ليس أهلا له ولم يعد عليه ضرر من دفعه بىء . ويبرأ اذا كان
الدين تقوذا أو منقولات وعرضها على الدائن عرضا قانونيا — وتسليم العقار

للحارس بحكم في مواجهة الدائن (المواد من ١٥٩ - ١٦٦ . و ١٧٥ و ١٧٦)

المؤدى اليه

يجب أن يكون المؤدى اليه هو الدائن أو وكيله ويشترط في كل منهما أن يكون أهلاً للقبول فإن لم يكن أهلاً له فالأداء لوليّه أو وصيه (مادة ١٦٧ والجزء الأخير من مادة ١٦٥)

مكان الأداء وزمانه

يجب أن يكون الأداء على حسب الاتفاق إن وجد فيما يختص بالكيفية وبالزمان والمكان المعينين له ولا يجوز للمدين دفع البعض ما دام الكل مستحق الدفع . ولكن يجوز في ظروف مخصوصة أن يأذن القضاة بالتقسيط أو مد أجل الدفع الى ميعاد لائق إن لم يكن في ذلك ضرر جسيم للدائن فإن لم يوجد اتفاق فكان الايفاء هو ما كان فيه الشيء وقت العقد ولكن إذا كان الدين تقودا وأشياء معين نوعها فيعتبر أن الرفاء مشروط حصوله في محل المدين

مصاريف الأداء . ومن له حق تعيين المؤدى

تلتزم هذه المصاريف من التزم بها فإن لم يوجد ما تزم فهي على المدين (مادة ١٧١)

وإذا تعددت الديون لشخص واحد وأدّى المدين أحدها كان له حق تعيين ما أداه وإن لم يبين اعتبر المؤدى ما يكون في أدائه فائدة للمدين

المقاصة

المقاصة شرعا هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لهذا الغريم وهي نوع من الوفا

أنواعها وشروطها

المقاصة نوعان جبرية واختيارية فالجبرية تحصل بمجرد ثبوت الدينين سواء كان بعقد أم بغيره ويشترط لحصولها اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحولاً وقوة وضعفا . والاختيارية تحصل بتراضى المتدينين ولا يشترط فيها شيء من ذلك ويترتب على ذلك أنه لو كان للمستودع دين على صاحب الوديعة من جنسها وكانت الوديعة في يده فلا تصير الوديعة قصاصا بالدين الا بالتراضى وان لم تكن الوديعة في يده أو لم يتراضيا لا يلتقيان قصاصا - والغصب كالوديعة في جميع ما ذكر - ولكن اذا أتلّف الدائن مالا للمدين أو كان عليه دين لكفيل المدين الذي كفل له فان كان ما أتلّفه أو ما لكفيل عليه من جنس دينه سقط الدين قصاصا عن المدين أو الكفيل وان لم يكن كل منهما من جنس الدين فلا يلتقيان قصاصا الا بالتراضى

المقاصة القانونية

المقاصة في القانون مبينة بالمواد من (١٩٢ - ٢٠١) وينحصر الكلام عليها في بيان أنواعها وشروطها وحكمها
فأنواعها اثنان حتمية وجائرة . فالأولى تحصل بمجرد العقد وبدون علم صاحبي الحقين متى استوفت شرائطها وتكون بالأقل من الدينين ، والثانية لا تحصل الا بالتراضى (مادتي ١٩٢ و ١٩٣)

وشروط المقاصة الحتمية تساوى الدينين من جميع الوجوه بأن يكونا خاليين من النزاع . ومستحقى الطلب . وأن يكونا من النقود أو من المثليات المتحدّة النوع والقيمة . وأن يكونا واجبي الأداء في محل واحد (اعترض شارح القانون على الشرط

الآخر ورأى أنه غير لازم) ففى توفرت هذه الشروط وقعت المقاصة حتماً ولكن يستثنى من ذلك: (١) أن يكون أحد الدينين غير قابل للحجز (٢) أن يكون أحد الحقلين وديعة (٣) أن يحجز على أحدهما قبل ثبوت الثانى فى الذمة (٤) أن يحصل تحويل الدين الى آخر برضا المدين وأن اختل شرط من الشروط السابقة كانت المقاصة جائزة (المواد ١٩٤ و ١٩٥ و ١٩٧)

وحكمها أنها ليست قهرية ويترتب عليها: (١) سقوط الحقلين بمقدار الأقل منهما (٢) سقوط التأمينات التى كانت على الديون السابقة (٣) الرجوع على شريكه أو السكفيل المتضامن معه بمقدار ما أوفاه عنهم بالمقاصة كمالو كان الوفاء بالنقد (٤) اعتبار سقوط التأمينات والرهن والفوائد من وقت المقاصة (٥) تتبع قواعد خصم الوفاء نقداً فى الوفاء بطريق المقاصة فإذا تعددت الديون كان تعيين ما سقط بالمقاصة للمدين وان لم يبين كان الخصم من الدين الذى له أكبر فائدة من وفائه (الشرح صفحة ٢٠٤ و ٢٠٥) وإذا تركها صاحبها فلا يعود تأثير الترك الاعلى الدائن والمدين فإذا دفع شخص دينه المقابل بدين له على دائنه بدون التفات الى المقاصة المستحقة له ثم طلب دينه جاز للكفلاء بهذا الدين وللشركاء المتضامنين فيه وللدائنين المتأخرين عن المطالب فى رتبة الرهن والامتياز والمالك الشئ المرهون لمنفعة المدين أن يحتجوا عليه بالمقاصة التى لم يلتفت اليها الا اذا كان له عذر صحيح منعه وقت الوفاء عن العلم بدينه الذى كانت تمكن به المقاصة (مادة ١٩٨)

اتحاد الذمة قانوناً

اتحاد الذمة هو أن يصير الشخص دائناً ومديناً فى آن واحد ويتصور ذلك فى حالة ما يكون الاب مثلاً دائناً أو مديناً لابنه ثم مات هذا الأب ولا وارث له غير ابنه فان الابن يصير دائناً ومديناً ويسقط التعهد الذى كان عليه أولاً. وإذا حصل اتحاد الذمة فى شخص أحد المدينين المتضامنين لا ينقض التعهد بالنسبة للبقية الا بمقدار نصيب من اتحدت الذمة فى شخصه (مادتي ٢٠٢ و ٢٠٣) (وسيدكر اتحاد الذمة شرعاً فى كتاب السكفالة)

الإبراء

الإبراء نوعان : إبراء اسقاط وإبراء استيفاء .
فإبراء الاسقاط هو أن يبرئ الدائن مدينه من كل الدين أو بعضه
الثابت له في ذمته

وإبراء الاستيفاء هو أن يقر باستيفاء دينه كله أو بعضه من مدينه
وهذا النوع لا يسمى إبراء الا اذا كان الاقرار مجازا عن الاسقاط
والا فهو اظهار لوفاء الدائن دينه من قبل

أقسامه

ينقسم الى إبراء خاص وإبراء عام وكل منهما ينقسم الى متصل
بصلح وغير متصل به فان كان الإبراء خاصا بدين معين برىء منه
المدين خاصة وان كان عاما بكل الديون والحقوق والدعاوى برىء من
جميع ما كان سابقا منها عن الإبراء سواء كان في الحالين متصلا بالصالح
أم غير متصل به

ولا تتوقف صحة الإبراء على قبول المدين بل يبرأ ولو سكت
بدون قبول ولا ردّ ولكن اذا رده قبل القبول ارتدّ ويرجع عليه
الدين بالحالة التي كان متصفا بها من قبل من حلول أو تأجيل أو
تسقيط . أما اذا رده بعد القبول فلا يرتد لأن الإبراء اسقاط والساقط
لا يعود

شروطه

يشترط لصحة الإبراء أن يكون المبرء بالغا عاقلا أهلا للتبرع راضيا بالإبراء فلو اختل شرط من هذه الشروط لا يكون الإبراء صحيحا ولا تبرأ ذمة المدين. هذا كله إذا كان المبرء صحيحا فان كان مريضا مرض الموت اعتبر إبراؤه وصية وأخذ أحكامها السابقة

تعليقه على الشرط واقتترانه به

الإبراء وإن كان اسقاطا للحق إلا أن فيه معنى التملك وما كان كذلك من العقود والتصرفات لا يصح تعليقه على الشرط سواء كان الشرط ملائما أم غير ملائم. ويترتب على ذلك أن الدائن لو علق إبراء مدينه عن بعض الدين على أداء البعض الآخر فلا يبرأ وإن أداه (تأمل)

وأما اقتترانه بالشرط فينظر فيه : فإن كان الشرط صحيحا وهو ما كان ملائما للإبراء صح ووجب العمل به وذلك كما إذا اشترط في إبراء مدينه عن بعض الدين أن يؤدي المدين الباقي في وقت معين وصرح بأنه إن لم يؤديه في هذا الوقت يرجع الدين كما كان بتمامه صح ذلك كله فإن أدى الدين في الوقت المعين برئ وإن لم يؤديه لا يبرأ من شيء ويبقى عليه كل الدين - وإن كان الشرط فاسدا بأن لم يعين وقت الأداء تعيينا تاما في الصورة السابقة فإن الشرط يلغو ويصح الإبراء ويترتب على ذلك أنه إذا قبل المدين الإبراء في البعض بالشرط المذكور برئ منه سواء أدى الباقي أم لا. وبالأولى يلغو ويصح الإبراء إذا كان الشرط باطلا

وكما يصح الإبراء للمدين يصح للكفيل سواء كان واحدا أم متعددا وسواء كان المتعددون متضامنين أم لا وسيأتى الكلام على ذلك كله مفصلا في الكلام على الكفالة

الإبراء من الدين قانونا مبين بالمواد (من ١٨٠ الى ١٨٥) وشروط صحته كشرط صحة الإبراء شرعا وأحكامه كلها خاصة بالدين المضمون سواء كانت الإبراء للأصيل أم للمدين وستأتى مفصلة عقب كتاب الكفالة

تجديد الدين

تجديد الدين عبارة عن تراضى المتعاقدين على فسخ العقد المترتب عليه الالتزام بالدين واستبداله بعقد آخر يترتب عليه الالتزام بالدين من جديد وبذلك يسقط الدين الأول ويتجدد بدله بالعقد الثانى وينبنى على ذلك أنه لو كان الدين الأول مشمولا بكفالة فإنها تبطل بتجديده ويبرأ الكفيل ولا يطالب بما وجب بالعقد الجديد الا اذا كفل به ثانيا ولذلك يسقط حق الدائن فى حبس الرهن الذى كان بالدين القديم ما لم يجعل رهنا بالجديد أيضا وتجديد الدين يكون بتراضى المتعاقدين على ما ذكر وبتغيير السبب الأصيل بسبب آخر كأن يكون فى الأصل ثمن مبيع معين ثم يفسخ العقد ويجعل ثمن مبيع آخر أو أجرة شيء من أموال المدين أو نحو ذلك

تجديد الدين قانونا

هذا المبحث مبين فى القانون بالمواد (من ١٨٦ — ١٩١) تحت عنوان (الفصل الرابع — فى استبدال الدين بغيره) وهو موافق لنصوص الشريعة الغراء

فما يجتص بسقوط الدين الأول والكفالة والرهن به وغير ذلك من التأمينات ويحصل استبدال الدين قانوناً بما يأتي : (١) بالاتفاق على الاستبدال أو بتغيير السبب (٢) بتحويل المدين دائنه على شخص ملتزم بدفع الدين عنه . أو قبول شخص دفع الدين وبراءة المدين إذا رضى الدائن بذلك ولو لم يرض المدين (٣) اتفاق الدائن والمدين على دفع الدين لشخص آخر وارتضى الشخص المذكور ذلك وجاء بالمادة (١٩١) ان نقل التأمينات المذكورة بالمادة السابقة (هي التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن) لا ينفذ على غير المتعاقدين الا اذا كان حاصله مع الاستبدال في آن واحد بوثيقة رسمية وليس في ذلك كله ما يخالف أحكام الشريعة الغراء غير أن القيود التي في نقل التأمينات الشخصية الى الدين الجديد غير ملحوظة عند الفقهاء

فسخ العقد المترتب عليه الالتزام

إذا انفسخ العقد المترتب عليه الالتزام بالدين سقط الدين عن المدين . وانفساخه يكون : برد العقود عليه بخيار رؤية أو عيب . أو بهلاكه في يد صاحبه . أو هلاك العين المنتفع بها في عقد الاجارة قبل استيفاء المنفعة كلها فان كان قد استوفى بعضها وجب عليه ما يقابل ما استوفاه من المنفعة وان كان قد دفع شيئاً من الثمن أو الأجرة في جميع الصور المتقدمة جاز له استرداده

فسخ العقد المترتب عليه الالتزام قانوناً

هذا المبحث مبين بالمواد (١٧٧ و ١٧٨ و ١٧٩) تحت عنوان (فسخ العقود والتعهدات) وملخصها أن حقوق التعهدات تنفسخ اذا صار الوفاء بالتعهدات غير ممكن ومتى انفسخت تبرول التعهدات وإذا كان عدم إمكان الوفاء ناشئاً عن تقصير المدين بعد

طلب الوفاء منه رسمياً ألزم بالتضمنينات ويترتب على انفساخ العقود بما ذكر انفساخ كافة التعهدات المتعلقة به بدون اخلال بما يلزم من التضمنينات لاستحقاقها في نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بنير حق

حكم مرور الزمان

حكم مرور الزمان على الدين في الشريعة والقانون سبق بيانه في
مبحث (عدم سماع الدعاوى بمرور الزمان)

كتاب العقود

(والتصرفات على العموم)

يشمل الكلام على العقود ما يأتي - تعريف العقد . وأركانه .
وشرائطه . وأحكامه . وأنواعه . وما يصح إقراره وتعليقه بالشرط وما
لا يصح . وما يصح اضافته الى الزمن المستقبل وما لا يصح . وأنواع
الخيارات وكل واحد من هذه الأقسام يشتمل على مباحث خاصة به
سيأتي بيانها والفرض من هذا الكتاب التوطئة والتمهيد لذكر العقود
المعينة حتى لا يفاجأ الفكر بما لم يكن معهودا لديه من قبل فينفر من
تناوله ولا يمكن حمله على قبوله الا بشق الأنفس وقد أرشدنا الله الى
سلوك سبيل التدرج في توجيه النفوس الى قبول الأحكام بما جاء في
كثير من المواضع التشريعية كتحرим الخمر والربا فان كلا منهما حرم

تدرجياً لتهدأ النفوس لقبول الأحكام النهائية بتحريم كل منهما بدون
كبير غناء

تعريف العقد

العقد معناه لغة الربط ضد الحل ويطلق على العهد والميثاق وكل
ما يفيد الالتزام بشئ عملاً كان أو تركاً. وهو إما أن يكون مشروعاً أو
غير مشروع. فإن كان مشروعاً وجب الوفاء به بذلك أمر الله ورُسُلُه
وأولو الأمر فقد قال تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وقال
جل وعلا «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً» وقال أيضاً «وَأَوْفُوا
بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلَهُ اللَّهُ
عَلَيْكُمْ كَفِيلًا» وقال في مقام التعليم والارشاد «الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ
مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُّوا
إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِنْ مَدَّتْهُمْ إِنْ اللَّهُ يَحِبُّ الْمُتَّقِينَ»
وقال عليه الصلاة والسلام «لَا أَمَانَ لِمَنْ لَا أَمَانَةَ لَهُ وَلَا دِينَ
لِمَنْ لَا عَهْدَ لَهُ»

وجاء في شرح القانون المدني صفحة ١٢٥

التعهد والالتزام واجب يفرض على الإنسان لغيره
والأصل في الواجب أن يقوم به المرء لمن وجب له من تلقاء نفسه أى من
دون أن يكرهه مكره على الوفاء به إلا ما كان من وجدانه
والواجب بهذا المعنى من موضوعات علم الأخلاق
وما دام الوجدان نقياً والذمة طاهرة فالوفاء بالعهد مرعى إلا أن مقتضيات
المدنية نوعت في الواجبات، إلى أن قال — واضطر الزارع إلى حماية الناس في

معاملاتهم حتى تستقيم أمور الجمعية البشرية ويأمن كل واحد جانب الآخر مطمئنا الى هذا الضمان القوي

ومعنى العقد شرعا ارتباط القبول بالايجاب ارتباطا يظهر أثره في المعقود عليه فالايجاب هو ما صدر أو لا من كلام أحد المتعاقدين والقبول ما صدر ثانيًا من كلام الآخر - ومعنى الايجاب الاثبات أى أن الأول يريد اثبات العقد بانضمام قول الثاني اليه - ومعنى القبول الرغبة والرضا بما قال الأول وبه يتم العقد - ومجموع الايجاب والقبول يسمى صيغة العقد ومعنى ظهور أثر العقد في المعقود عليه عقب ارتباط القبول بالايجاب أن المعقود عليه يخرج عن حالته الأولى الى حالة جديدة فان كان بيعا خرج المبيع من ملك البائع الى ملك المشتري وخرج الثمن من ملك المشتري الى ملك البائع وان كان اجارة ملك صاحب العين الأجرة في مقابلة المنفعة التي وجبت للمستأجر وهكذا

معنى العقد قانونا

العقد اتفاق شخص أو أكثر على التعهد بتحصيل منفعة شرعية للمتعهد له (شرح القانون صفحة ١٢٧) والتعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة لشخص بالتزام التعهد عمل شيء معين أو بامتناع عنه (مادة ٩٠) (وهو موافق للمعنى الشرعي)

أركان العقد

أركان كل عقد ما لا يتحقق الا بها فان لم يوجد ركن منها فلا عقد وكل عقد لا يتحقق الا بتوفر ثلاثة أشياء وهي

أولاً - العاقدان حتى يوجد القبول والایجاب
 ثانياً - محل یرد علیه العقد وهو العقود علیه لأنه هو الملتزم به
 ولا يوجد التزام بدونه
 ثالثاً - الصیغة الدالة علی العقد لأنه لا يوجد المدلول الا اذا وجد
 ما یدل علیه
 وقد اصطلح علماء الحنفیة علی جعل أركان كل عقد اثنان وهما
 الايجاب والقبول فقط لأن وجودهما يستلزم وجود غیرهما مما لا یتحقق
 العقد الا به

أركان العقد قانوناً

أركان العقد أربعة (١) أهلیة المتعهد (٢) رضا المتعهد (٣) محل یقوم علیه المتعهد
 (٤) سبب شرعی للاتفاق
 ومن العقود ما یحتاج الی رکن خامس حتى یتعقد وهما الهبة والرهن العقاری
 فانهما یجب فیهما أن تثبت هذه الأركان الأربعة فی محرر رسمی (شرح القانون
 صفحة ١٧٧ - ١٧٨) وسیأتي تفصیل كل رکن من هذه الأركان قریباً (الشریعة
 الفراء تعتبر هذه الأركان ما عدا الثالث منها شروطاً لا أركاناً غیر أن منها ما هو
 شرط انعقاد ومنها ما هو شرط صحة)

التصرف

التصرف أهم من العقد فهو یشمل العقد وتغیره فیدخل فیهِ من
 التعهدات والالتزامات والاسقاطات ما ینفذ علی المصادر منه بدون
 احتیاج الی قبول أحد كالموقف والطلاق والابراء ورد المبیع بمخیار شرط
 أو رؤیة أو عیب أو ما أشبه ذلك

شروط العقد

شروط العقد على العموم أربعة وهي

أولاً - أهلية العاقدین

ثانياً - كون محل العقد أى المعقود عليه قابلاً لحكم العقد وأثره

المرتب عليه

ثالثاً - كون العقد مفيداً

رابعاً - كون فائدة العقد مقصودة شرعاً

فكل عقد توفرت فيه هذه الشروط صحح والا فلا ولكل من

هذه الشروط تفصيل وبيان يعلم مما يأتى

الكلام على شروط العقود

﴿ على العموم ﴾

(١) أهلية العاقدین

الأهلية وصف يقوم بالشخص فيجعله قابلاً لأن يكون له حقوق

وعليه واجبات وهي قسمان . أهلية وجوب . وأهلية أداء .

فأهلية الوجوب يتصف بها كل انسان ولو جنيئاً بشرط أن يولد

حياً وأهلية الأداء لا يتصف بها الا من له حق التصرف وهذا القسم هو

المقصود هنا فكل ما سياتى من أقسام الأهلية وتصرفات المتصرفين بها

تامة أو ناقصة والمجردين عنها انما هو فى أهلية الأداء - وهذا المبحث

من أهم مباحث قسم المعاملات لأنّه الكفيل ببيان من تصح معاملاتهم

ومن لا تصح فعلى من يعنى بدراسة أحكام المعاملات أن يتوسع في معرفته ولا يقتصر على ما سيذكر في هذا المختصر - وليس على من يريد الاطلاع الا مراجعة جدول المراجع في نهاية هذا الكتاب ليعرف ما يراجع فيه

وتختلف هذه الأهلية باختلاف العقود والتصرفات التي يباشرها الانسان وذلك أن من يكون أهلاً لمباشرة عقود المعاوضات قد لا يكون أهلاً لمباشرة عقود التبرعات ومن يكون أهلاً للأخذ والتملك قد لا يكون أهلاً للاعطاء والتملك .

ويمكن تقسيم الناس بالنسبة لأهليتهم للعقود والتصرفات وعدمها الى ثلاثة أقسام :

الأول - تام الأهلية

الثاني - فاقد الأهلية

الثالث - ناقص الأهلية

وكل من هؤلاء اما أن يباشر العقود والتصرفات بنفسه لنفسه واما أن يباشرها لغيره

أهلية العاقد بنفسه لنفسه

العاقد بنفسه لنفسه اما أن يكون تام الأهلية أو فاقدها أو ناقصها فتام الأهلية هو الحر البالغ العاقل المطلق التصرف في أمواله وحكم عقوده وتصرفاته أنها تكون صحيحة نافذة متى استوفت شرائطها مهما كان نوعها وجميع العقود والتصرفات التي من شأنها أن تضر بأصحابها كالهبه والوصية والصدقة والوقف والكفالة بالنسبة للكفيل والحوالة

بالنسبة للمحال عليه لا تصح الا من تام الأهلية الا الوصية بالنسبة للسفيه وسيأتى بيان ذلك في تصرفات السفهيه

وفاقد الأهلية نوعان : الأول الصبي غير المميز وهو من لم يبلغ سبع سنين من عمره سواء كان ابناً أم بنتاً لانه في هذه السن لا يعقل معنى العقد ولا يقصده عادة . الثاني المجنون وهو من زال عقله ولو كان بالغاً وحكم عقود وتصرفات كل منهما بأنها باطلة مهما كان نوعها . هذا اذا عقد المجنون أو تصرف حال جنونه فان كان يُجَنُّ تارةً ويفيق أخرى ينظر : فان كانت افاقته تامة ولها وقت معلوم صحت عقوده وتصرفاته فيها وان لم يكن لها وقت معلوم تكون موقوفة الى أن يعلم حاله فان كان تام الافاقة صحت والا بطلت . والذي يباثرلها العقود والتصرفات ويدير شئونها هو الولي أو الوصى الآتى بيان تصرف كل منهما

وناقص الأهلية : هو الصبي المميز والمعتوه . ومن يلحق بهما في عدم اطلاق التصرف وهم : ذو الغفلة . والسفيه . والمدين . فانه كما يصح الحجر على الأولين يصح الحجر على هؤلاء ولكن الفريق الأول متفق على الحجر عليه والفريق الثاني مختلف في صحة الحجر عليه وسيأتى بيان ذلك

معنى الحجر

الحجر معناه لنة مطلق المنع . ومعناه شرعاً منع شخص مخصوص من تصرفه القولى لأن التصرفات القولية هي التي يمكن رفعها بإبطالها بعد حصولها وأما التصرفات الفعلية فلا يتصور الحجر عليه فيها لأنها لا ترتفع بعد وقوعها

وسبب الحجب على الصبي والمعتود وذى الغفلة والسفيه مراعاة مصلحة كل منهم بالمحافظة على أمواله والنظر في شئونه بما يعود عليه بالفائدة وسعادة الحال والمآل وسبب الحجب على المدين مراعاة مصلحة غيره وهم الدائنون وإذا تصرف واحد من المحجور عليهم في شيء من أمواله فحكم تصرفه يختلف باختلاف المتصرف وباختلاف العقد أو التصرف الذي باشره واليك بيان حكم عقود وتصرفات كل واحد منهم باختصار

عقود وتصرفات الصبي المميز

الصبي المميز هو من تجاوز سبع سنين إلى حين البلوغ وكان يعرف معنى العقد ويقصده ويميز بين الغبن اليسير والفاحش ويعلم أن البيع سالب للمبيع جالب للثمن وأن الشراء بعكس ذلك. فإن كان في هذه السن ولكنه لا يعرف ذلك كان عديم الأهلية فلا يصح تصرفه أصلاً

وحكم عقود وتصرفات الصبي المميز يختلف باختلاف حالته وباختلاف هذه العقود والتصرفات وذلك أنه إما أن يكون محجوراً عليه وإما أن يكون مأذوناً له بالتجارة وعلى كل فإما أن يكون ما باشره من العقود والتصرفات نافعا له نفعاً محضاً أو ضاراً به ضرراً محضاً أو دائراً بين النفع والضرر

وان كان ما باشره نافعا له نفعاً محضاً كقبوله الهبة والوصية والانتفاع بالعارية صح سواء كان محجوراً عليه أم مأذوناً له بالاتجار وسواء أجازها وليه أو وصيه أم لا لأن الولاية والوصاية لمنفعة الصغير ولا منفعة له في إبطال تلك العقود والتصرفات بل فيه ضرر عليه

وان كان ضاراً به ضرراً محضاً كأن يهب أو يوصي بشيء من ماله لغيره وأن يقبل الخوالة والكفالة عن غيره وكطلاقه وإبرائه وقرضه وإعارته ونحو ذلك بطل سواء كان مأذوناً له بالتجارة أم محجوراً عليه ولو أجازته وليه أو وصيه

وان كانت دائرة بين النفع والضرر كعقود المعاوضات وهي البيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والشركة والصلح على مال بمال والزواج ينظر : فان كان محجوراً عليه كانت هذه العقود كلها موقوفة^(١) على اجازة وليه أو وصيه فان أجازها نفذت والا بطلت لان عقل الصبي ناقص فجعل الرأي النهائي لمن ينظر في مصلحة حفظا لماله من الضياع .

ويشترط في الاجازة^(٢) أن تكون معتبرة شرعاً بأن يكون التصرف خالياً من الغبن الفاحش . وأن يكون كل من المتعاقدين موجوداً وأهلاً للتصرف . وأن يكون المبيع قائماً وكذلك الثمن ان كان معيناً وقت العقد .

واذا بقيت هذه العقود بلا اجازة ولا فسخ الى حين البلوغ بأن لم يكن للصبي ولي ولا وصي أو له وأهمل كان له أن يجيزها أو يبطلها بعده ان كانت مما تصح اجازته

-
- (١) العقود الموقوفة هي التي لا يعلم ان كانت نافذة أو باطلة الا ممن له الرأي النهائي فيها وهو المالك أو الولي أو الوصي
(٢) الاجازة هي الرخصة في الفعل بعد حصوله

وان كان الصبي مأذونا له بالتجارة جاز له أن يباشر بنفسه ما من شأنه أن يباشره التجار أو يوكل عنه غيره في مباشرته وبهذا الاذن^(١) تقع عقودة وتصرفاته التجارية نافذة باتفاق ان كانت بمثل القيمة أو بالغبن اليسير فان كانت بغبن فاحش فقال الامام تنفذ أيضا لأن الاذن يرفع الحجب عن جميع التصرفات التجارية وقال صاحبان تبطل لأن هذا الغبن يعتبر تبرعا وهو ليس من أهل التبرعات وهذا هو الأوفق

وعلى ذلك تنفذ تصرفاته بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والرهن والارتهان والمحابة بما لم يصل الى حد الغبن الفاحش على رأى الصالحين والخط من الثمن بسبب ظهور عيب قديم في المبيع يقتضى رده بقدر ما يحيط التجار وتأجيل الثمن الى أجل متعارف والاقرار بديون التجارة فان كان بغيرها فقال الامام لا يصح وقال صاحبان يصح والأول أوفق . واسقاط شيء من دين له على غيره ان كان لا يمكنه اثباته بحال من الأحوال والا فلا يصح ولا ينفذ من تصرفاته وعقوده ما كان غير متعلق بالتجارة

عقود وتصرفات المعتوه

المعتوه نقصان في العقل من غير جنون . والمعتوه من كان بطي الفهم مختلط الكلام سيئ التدبير ولو كان كبيرا . وحكم تصرفاته كحكم تصرفات الصبي المميز ان عرف ما عرفه فان لم يعرفه التحق بعديم الأهلية

عقود وتصرفات ذي الغفلة

ذو الغفلة هو الذي لا يهتدى الى التصرفات الربحية فيغبن في

(١) الاذن هو الرخصة في الفعل قبل حصوله

المعاملات لسلامة نيته فهو ليس بمتلف أمواله ولا بقاصد تبديدها في غير ما يقتضيه الشرع أو العقل كالسفيه . وحكم عقود وتصرفاته يختلف فيه بين الامام وصاحبيه فالامام أبو حنيفة يرى نفاذ جميع عقود وتصرفات ذى الغفلة مهما كانت نوعها لأنه لا يرى الحجر عليه وأما الصحابيان فيقولان بالحجر عليه وعلى قولهما تنفذ تصرفاته النافعة فقط وتبطل الضارة به وتتوقف على الاجازة تصرفاته وعقوده الدائرة بين النفع والضرر والذي يباشر عنه العقود والتصرفات هو القاضي أو نائبه لأنه لا ولاية لغيرهما على أمواله

عقود وتصرفات السفيه

السفه لغة الطيش وخفة العقل وشرعا اضعاف المال وتبديده في غير ما يقتضيه الشرع أو العقل . والسفيه هو من يصرف أمواله فيما لا مصلحة له فيه ولا غرض صحيح ولو كان في سبيل الخير كبناء المساجد والملاجي والمستشفيات وأصل المسامحات في التصرفات والبر والإحسان مشروع في جميع الأديان إلا أن الاسراف في كل شيء حرام حتى في مياه البحر والدليل على حرمة قوله تعالى « ولا تُبذَرْ تبذيراً أن المبذرين كانوا إخوان الشياطين » وقوله جل شأنه « ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً »

وحكم عقود وتصرفات السفيه تختلف باختلاف جواز الحجر عليه وعدم جوازه وباختلاف هذه العقود والتصرفات - وذلك أن الصحابين والأئمة الثلاثة يقولون بصحة الحجر عليه والامام أبو حنيفة يقول بعدم صحة الحجر عليه

واستدل من أجاز الحجر بأدلة نقلية وعقلية فالنقلية قوله تعالى « ولا تَوْنُوا السّفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً » أي لا تمكنوهم من الأموال التي لهم تحت يدكم بصفتم أولياء أمورهم وهذا هو الحجر بعينه وقوله تعالى « فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يُمِلَّ هو فليُمَلِّ وَلِيُّه بِالْعَدْلِ » فان هذه الآية تدل على أن للسفيه ولياً والولى لا يكون إلا المحجور عليه . والعقلية هي أن الصبي المميز إنما حجر عليه لتوهم اضاعته لأمواله وهو متفق على جواز الحجر عليه فالسفيه المتحقق فيه اضاعته لأمواله بالصفة التي سبقت أولى بالحجر عليه حرصاً على ماله حتى لا يصبح عالة يتكفف الناس ويمتص من دمائهم بعد أن كان من ذوى اليسار والغنى . وحتى لا يكون قدوة سيئة للمجتمع الانساني في أخذه وعطائه

واستدل الامام أبو حنيفة بان الحجر على السفيه يوجب اهدار آدميته ويلحقه بالبهائم فيتضرر بذلك أشد من تضرره بضائع ماله والقاعدة أنه اذا اجتمع ضرران ارتكب الأخف منهما . والآيتان السابقتان لا يصلحان دليلاً على الحجر عليه لأنه قد يكون المراد بالسفيه في الآيتين الصغير والمجنون كما يؤخذ من معنى السفه اللغوى وهو الخفة وطيش العقل وذلك كما يكون بنقصانه كالصبي المميز والمعتوه يكون بانعدامه كالمجنون والصبي الذى لا يعقل ومن المقرر شرعاً أن الدليل اذا طرق اليه الاحتمال سقط به الاستدلال

ورأى الضاحين والأئمة الثلاثة هو المفتى به

ابتداء الحجر على السفه وانتهائه

بعد ان اتفق الصاحبان على جواز الحجر على السفه اختلفا في ابتداء الحجر وانتهائه فقال محمد يبتدىء الحجر عليه من وقت ظهور السفه ويفكُّ الحجر عنه وقت ظهور الرشد وقال أبو يوسف يبتدىء من وقت حكم القاضي بالسفه وينتهي بالحكم بالرشد ويترتب على رأى محمد أن عقوده وتصرفاته التي يباشرها في المدة التي بين ظهور السفه والحكم به تأخذ الأحكام التي لعقود وتصرفات المحجور عليه الآتية. وعلى رأى أبي يوسف تأخذ الأحكام التي لعقود وتصرفات تام الأهلية وأن عقوده وتصرفاته التي يباشرها في المدة التي بين ظهور الرشد والحكم بالرشد على رأى محمد تأخذ أحكام عقود وتصرفات تام الأهلية وعلى رأى أبي يوسف تأخذ أحكام عقود وتصرفات المحجور عليه

واستدل محمد على رأيه بأن السفه هو سبب الحجر فيتبعه وجودا وعدما وبأن السفه اذا علم بطاب الحجر عليه ربما بدد أمواله وأضاعها انتقاما من طالب الحجر عليه قبل الحكم به فتفتوت حكمة الحجر

واستدل أبو يوسف على رأيه بأن في ابطال تصرفات السفه التي صدرت منه قبل الحكم بالسفه ضررا كبيرا بالمعاملات وفسادا عظيما في نظام الهيئة الاجتماعية لأن المتعاقدين معه قبل الحجر عليه قد عاملوه بسلامة نية وحسن قصد فإبطال تصرفاتهم بعد حصولها بهذه الصفة وتصرفهم فيما أخذوه خطر كبير على التجارة - وكلا الرأيين ظاهر الحكمة فيرجح القاضي ما يرى فيه المصلحة

حكم عقود وتصرفات السفه بعد الحجر عليه

عقود وتصرفات السفه المحجور عليه يختلف حكمها باختلاف نوعها وذلك أن العقود والتصرفات منها ما يحتمل الفسخ ويبطله الهزل ومنها ما ليس كذلك

ومعنى كونها تحتمل الفسخ أنه يمكن فسخها برضا العاقلين بعد تمامها إن كانت من العقود اللازمة ويستقل كل منهما بفسخها بدون رضا الآخر إن كانت غير لازمة من جهته وسيأتى بيان كل منها قريبا. ومعنى الهزل لغة اللعب. واصطلاحا أن يراد بالشىء ما لم يوضع له ولا ما صح له اللفظ استعارة. والهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه ولكن لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه. ويشترط لتحقيق الهزل واعتباره فى التصرفات أن يكون صريحا باللسان كأن يقول انى أعقد هذا العقد هازلا فلا يكتفى فيه بدلالة الحال. إلا أنه لا يشترط ذكر الهزل فى العقد فيكفى أن تكون المواضعة سابقة على العقد فان تواضع المتعاقدان على الهزل أى توافقا على أن يتكلما بلفظ العقد عند الناس ولا يريدانه اتفاقا على أنهما لم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه فالعقد باطل على أصح الأقوال لعدم القصد فصار كعقد الصبي الذى لا يعقل والمجنون فلا يملك بالقبض ولا يترتب عليه حكم أصلا

ومثال ما يحتمل الفسخ ويبطله الهزل: البيع. والاجارة. والمزارعة والمساواة. والصالح عن مال بمال. والهبة. والوصية. والشركة. والقرض والكفالة. والحوالة. والرهن. ومثال ما لا يحتمل الفسخ ولا يبطله الهزل:

الزواج . والطلاق . والعقاق . والصلح عن القصاص في القتل العمد على مال .

وحكم تصرفات السفية في النوع الأول أنها كتصرفات الصبي المميز المحجور عليه أي أنها تقع باطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً ويستثنى من ذلك صحة وصاياه بكل ماله في سبيل الخير إن لم يكن له وارث أو كان له وارث وأجازها فإن لم يجزها صحت في الثلث وبطلت فيما زاد عليه وكان القياس عدم جواز وصيته مطلقاً لأنها من باب التبرعات وهو ليس من أهلها وإنما جازت استحساناً لأن الغرض من الحجر عليه حفظ ماله حال حياته حتى لا يكون عالة على غيره والوصية لا تنفذ إلا بعد الموت فجازت استحساناً لما يترتب على تنفيذها من الثواب الدائم له مع عدم فوات حكمة الحجر عليه . وسبيل الخير كل ما يوصل إلى رضا الله كالوصية للمساكين أو بناء المساجد أو المدارس أو الملاجئ أو المستشفيات أو القناطر أو الجسور وأما إذا أوصى لغير البر والخيرات فلا تنفذ وصيته . وتقع تصرفاته نافذة إن كانت نافعة له نفعا محضاً ولو لم يجزها وليه . وتقع موقوفته على الإجازة إن كانت دائرة بين النفع والضرر .

ولكن السفية يخالف الصبي المميز في أشياء منها وجوب النفقة من ماله على من تلزمه نفقتهم من الزوجة والأقارب لأن النفقة من الحقوق الثابتة والسفية لا يبطلها . ومنها أنه يجب عليه أداء جميع العبادات كالصلاة والزكاة والصوم وصدقة الفطر التي مقدارها نصف صاع من غالب طعامه ويدفعها هي والزكاة إليه القاضي ليفرقها هو لأنها من

العبادات المحتاجة الى النية ممن وجبت عليه ولكن يرسل معه أميناً حتى لا يصرفها في غير مصرفها. وصدقة الفطر واجبة على الصغير أيضاً ولكن المكلف باخراجها عنه وليه أو وصيه والسفيه هو المكلف باخراجها بنفسه ومن هذا الوجه خالف الصغير

ومنها صحة اقراره بالعقوبات فيؤاخذ عليه وأما اقراره بالأموال فلا ينفذ عليه لا وقت الحجر ولا بعده ولا في الأموال الحالية ولا الحادثة. ومنها زوال ولاية أبيه وجده فلا يملك أحد منهما التصرف في ماله اذ الذي له الولاية على أموال السفيه هو القاضى أو نائبه فقط. وحكم تصرفاته في النوع الثانى وهو الذى لا يَحْتَمِلُ الفسخ ولا يبطله الهزل أنه ينفذ عليه سواء كان نافعا له نفعاً محضاً أم ضاراً به ضرراً محضاً أم دائراً بين النفع والضرر. ومن ذلك يعلم أنه لا يحجر على السفيه باتفاق في هذه العقود والتصرفات كما لا يحجر عليه فيما ذكر من التصرفات التى يخالف فيها الصبي المميز

والذى له حق طلب الحجر على السفيه هو كل من يهمه أمره أو من يعود عليه ضرر من افلاسه وهم أقاربه بترتيب درجات الارث. أو الدائنين له

عقود وتصرفات المدين

كما أن الامام أبا حنيفة لا يرى الحجر على ذى الغفلة والسفيه لا يرى أيضاً الحجر على المدين بل يقول ان القاضى يحسبه حتى يؤدى دينه بأى وسيلة كانت والصاحبان يقولان بصحة الحجر عليه كما قالوا بصحته

على المذكورين وعليه الفتوى وحكم عقوده وتصرفاته بعد الحجر عليه
أنها إذا كانت في الأموال المحجور عليها لاء الدين من ثمنها تكون
موقوفة على اجازة الدائنين فان أجازوها نفذت وان لم يجزوها بطلت .
والذى له حق الحجر على المدين هم الدائنون فمضى طلبوه أجيبوا اليه
ويتبع في بيع أمواله لاء داء الديون ما ذكر في مبحث نزع الملك جبراً
عن صاحبه .

أهلية العاقلين قانوناً

تكفلت المواد (من ١٢٨ — ١٣٦) من القانون المدني ببيان أهلية العاقلين
وعوارض الأهلية فالمادة (١٢٨) توجب اتصاف المتمهد بتمام الأهلية والرضا ليكون
عقده صحيحاً وقد بنى على هذه المادة المبادئ القانونية الآتية (١) بناء على تحديد
سن الثامنة عشرة لبلوغ الرشد بالأمر العالى الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦
لا يمكن لأى سبب كان أن يخرج قاصر من الوصاية قبل بلوغ هذا السن (المجموعة
الرسمية سنة ٤ صفحة ١٦٣) (٢) الأصل فى الشخص البالغ من العمر ثمانى عشرة
سنة الرشد وفقد الأهلية عارض عليه ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ
رشيداً صحيحة نافذة الا اذا أثبت مدعى الخلاف طرق فقد الأهلية على ذلك المتعاقد
قبل العقد (الحقوق سنة ٦ صفحة ١٩١) (٣) الأصل فى الانسان الرشد ولا
حاجة لتأييده بحكم شرعى فمضى من يدعى عدم الرشد اثبات دعواه (الحقوق سنة
٧ صفحة ٢٢٥) (٤) اذا وضع مشتر عقاراً من عديم الأهلية يده عليه مدة خمس
سنوات فلا يزال هذا الوضع بطلان البيع الناتج من عدم أهلية البائع (المجموعة
الرسمية سنة ٤ صفحة ١٧١) .

والمادة (١٢٩) تفيد تقسيم الأهلية الى مطلقة تشمل جميع الأفعال ومقيدة
بعضها والمادة (١٣٠) نصت على أن (الحكم فى الأهلية المقيدة والمطلقة يكون
٢٠ — المعاملات

على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد) والمادة (١٣١) نصت على أن (مجرد عدم الأهلية موجب لبطلان المشاركة ولو لم يكن فيها ضرر ومن استحصل على بطلان المشاركة لعدم الأهلية لا يكون ملزما إلا برد قيمة المنفعة التي استحصل عليها بتنفيذ المشاركة من التعاقد معه ذى الأهلية)

وينبنى على هذه المواد المبادئ القانونية الآتية (١) محظور على المحاكم الأهلية النظر في قضايا أهلية التصرف وعدمها لأن نظرها تختص بالمحاكم الشرعية وحينئذ تكون المحاكم الأهلية ملزمة باتباع الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية ما لم يطمئن فيها أمام جهة الاختصاص (الحقوق سنة ٥ صفحة ٣٥٤) (٢) لا يسوغ للقاصر أن يقيم دعوى الشفعة إلا بواسطة وليه أو وصيه وإذا كان الوصى هو البائع لزم أن يعين قاضى الأحوال الشخصية وصيا آخر يطلبها له (المجموعة الرسمية سنة ٨ صفحة ٣١) (٣) الدين ليس بسبب للحجر إلا إذا كان لأجل التبذير . والتبذير هو انفاق المال لغير غرض أو لغرض لا يعده العقلاء غرضا (الحقوق سنة ١٣ صفحة ٢١٣) (٤) ان كبر السن وثقل السمع وضعف البنية الناتج عن الشيخوخة ليست من الأمور التي توجب الحجر إلا إذا نتج عنها اختلال القوى العقلية بحيث صار صاحبها فى حالة العته (الحقوق سنة ١٨ صفحة ١٨٩) (٥) الشخص الذى يبلغ سن الرشد يجب أن يسلم ماله إليه ولا يجوز القضاء باستمرار الوصاية إلا إذا بانغ القاصر غير رشيد وظهر من أعماله ما يدل على ذلك (الاستقلال سنة ٣ صفحة ٢٢١)
والمادة (١٣٢) نصت على أنه (لا يجوز لذى الأهلية من التعاقدين أن يتمسك بعدم أهلية من تعاقد معه بقصد ابطال المشاركة)

قال شارح القانون فى صفحة ٢٦ وما يليها ما محصله - الأهلية نوعان أهلية وجوب . وأهلية أداء . فالأولى كون الانسان محلا لأن يكون له حق أو عليه حق وهى محددة . والثانية هى كون الانسان متصرفا فى حقوقه وهى مطلقة ، ووجود هذه يقتضى وجود الأولى ولا عكس

والأهلية بتسميها مما يتعلق بالنظام العام فالأحكام الخاصة بها محتملة لامتدوحة من اتباعها ولا يجوز التنازل عنها أو عن جزء منها

وأهلية الوجوب يتصف بها كل إنسان حتى الجنين بشرط أن يولد حيا . لكن قد يحرم الشخص منها في بعض الحقوق ولا يكون ذلك إلا بنص صريح في القانون كما لا يكون غالبا إلا مؤقتا . وذلك كعدم أهلية القاصر والجنون والسفيه المحجور عليه للإيهاب . وعدم أهلية الشخص لأن يكون ناخبا أو منتخبا للحكم عليه بما يقتضى ذلك . وعدم الأهلية لتعاطي بعض الحرف كالطب والصيدلة ثم إن كان السبب في عدم الأهلية طبيعيا كان الشخص عديم الأهلية بالمرة . وإن كان بنص القانون كان الشخص ناقص الأهلية فيكون غير أهل لبعض العقود والتصرفات فقط . وحقوق الإنسان من حيث أهلية الأداء نوعان : مادية . ومعنوية . فالمادية ماتتعلق بالأموال كحق الملك والبيع ونحو ذلك . والمعنوية ماتتعلق بحال ولا يمكن تقويمها بحال ويدخل فيها :

- (١) الحقوق السياسية كأن يكون الرجل ناخبا أو منتخبا
 - (٢) الاحتراف مطلقا بصناعة من الصناعات كالطب والهندسة والحمامة
 - (٣) الحقوق الذاتية وهي التي لا تجوز فيها الانابة كالزواج والتبني
- وشروط أهلية الأداء لهذه الحقوق مبينة في القوانين الخاصة بكل نوع منها وفي كتب الشريعة الغراء وليس الكلام فيها مما هو مقصود هنا بل المقصود هنا التسليم على الأهلية المادية
- ثم حصر شارح القانون موانع الأهلية في خمسة أنواع وهي : الصغر - والسفه - والمته - والجنون - والأحكام الجنائية - وعرفت الأربعة الأولى بما لا يخالف ما ذكر في الشريعة الغراء وأما الأحكام الجنائية فهي تستلزم حرمان المحكوم عليه من الحقوق والتصرفات مدة اعتقاله (مادة ٢٥ عقوبات)

أهلية التعاقد لغيره

العاقِد لغيره إما أن يكون ولياً أو وصياً أو وكيلاً أو فضولياً فالولى هو الذى أقامه الشرع للنظر فى شئون الصغار وهو ثلاثة أشخاص : الأب . والجد الصحيح وهو أب الأب . والقاضى والوصى هو الذى أقامه أحد الأولياء للنظر فى شئون الصغار والوكيل هو من أقامه الشخص مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم ممن يملكه . والفضولى من يتصرف فى ملك غيره بغير إذن شرعى وكل ممن ذكره لا يكون أهلاً للتصرف فى أموال الصغار ومن يلحق بهم إلا إذا كان أهلاً للتصرف بنفسه لنفسه بما يتصرف به فى أموال الصغار وقد سبق بيان أهلية العاقِد لنفسه ويزاد على ذلك قيود تجب مراعاتها فى تصرفات من يباشر العقود لغيره واليك ملخصها لأن التفصيل فيها من مواضع قسم الأحوال الشخصية

تصرفات الأولياء والأوصياء

الولاية على أموال الصغار تثبت للأولياء والأوصياء على هذا الترتيب : الأب . ثم وصيه وإن تعدد . ثم الجد . ثم وصيه وإن تعدد . ثم القاضى . ثم وصيه - ويسمى كل من وصى الأب ووصى الجد وصياً مختاراً لاختيار الأب أو الجد له قبل وفاته

تصرفات الأب

تختلف تصرفات الأب باختلاف حاله . وذلك أن الأب إما أن

يكون مشهوراً بحسن التصرف أو مستور الحال . وأما أن يكون مشهوراً بسوء التصرف

فإن كان مشهوراً بحسن التصرف أو مستور الحال نفذت جميع تصرفاته في أموال أولاده الذين هم تحت ولايته بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والرهن والارتهان وغير ذلك من التصرفات التي تكون نافعة للصغار أو دائرة بين النفع والضرر بمثل القيمة وبالغبن اليسير لا بالغبن الفاحش

ولا فرق في ذلك كله بين أن يكون المال المتصرف فيه عقاراً أو منقولاً كما لا فرق بين أن يكون التصرف لأجنبي عن الأب أو يكون التصرف له أو لأصوله وفروعه فإنه يجوز للأب أن يبيع من ماله لولده الصغير وأن يشتري لنفسه من مال ولده المذكور بمثل القيمة وبالغبن اليسير ومثل البيع غيره من التصرفات ولكن في حالة الشراء يسلم الثمن الى من يعينه القاضي لاستلامه ثم يأخذ ثانياً حتى لا يكون مطالباً ومطالباً في آن واحد وبالأولى يجوز له أن يبيع من مال ولده الصغير لمن لا تقبل شهادتهم له ويشتري لولده الصغير من أموالهم - وإنما جاز للأب أن يتصرف في مال أولاده لغيره ولنفسه بمثل القيمة وبالغبن اليسير لانتفاء التهمة اذ الأب أكثر الناس شفقة على أولاده وأشدّهم اهتماماً بأنماء ثروتهم - ولا يعترض على تصرف الأب لنفسه في أموال أولاده الصغار بعدم تعدد العاقد والتعدد ركن من أركان العقود التي لا يتحقق إلا بها لأن هذا مستثنى مما ذكر فقد استثنى الفقهاء من تعدد العاقد ما اذا كان العاقدولياً أو وصياً يتصرف لنفسه

في أموال الصغار أو لهم في أمواله لأن عبارته تقوم مقام الإيجاب والقبول اذ هو بصفته مالكا مثلاً يعتبر موجبا وبصفته وليا يعتبر قابلا أو بالعكس

وان كان الأب مشهورا بسوء التصرف بحيث لا يصل به ذلك الى حد السفه يشترط في صحة تصرفه في مال ولده الصغير أن يكون في التصرف خير للصغير سواء كان يتصرف لنفسه أم لمن لا تقبل شهادتهم له أم للأجانب عنه وسواء كان ما يتصرف فيه عقارا أم منقولا . وفسر بعضهم الخيرة في العقار بأنها البيع بضعف القيمة والشراء بنصفها وفي المنقول بزيادة الثلث عن القيمة في البيع وتقصه في الشراء وفسرها بعضهم بأنها كل ما كان فيه خير للصغير قل أو أكثر وهو الظاهر أما اذا وصل سوء تدبير الأب الى حد السفه فلا ولاية له على مال أولاده الصغار لأنه لا ولاية له على مال نفسه حينئذ فلا تكون له الولاية على مال غيره من باب أولى لأن الولاية المتعدية فرع من الولاية الناصرة

تصرفات وصى الأب

لما كان اليتيم الذي لا حول له ولا قوة لا يستطيع كف العدوان عن أمواله جعل الله عليها سياجا من وعيده يحول بينها وبين ذوى المطامع الدينية فقد قال تعالى « إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا » والآيات في ذلك كثيرة فعلى من يتولى شؤون الأيتام أن يراقب الله في تصرفاته المالية لهم

ويتحقق أنه كما يدين يدان قال الله تعالى « وَلَيْخَشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوا
 مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا »
 وأموال الأيتام بالنسبة لتصرفات الوصى على قسمين : قسم يصح
 التصرف فيه ولو بغبن يسير وهو المنقولات . وقسم لا يصح التصرف
 فيه إلا بمسوغ شرعى وهو العقارات . وهذا المسوغ ينحصر في شيئين :
 الأول الشفقة على الصغير بأن يكون البيع خيرا له ليتمكن الوصى من
 شراء عقار بثمنه أحسن صقعا وأغزر ريعا . أو كان العقار منزلا آيلا إلى
 السقوط وليس عنده ما يجدده به أو كان خراجة ومؤنته أكثر من
 محصوله ويمكن بيعه ليستبدل بما هو أحسن منه . الثانى أن يضطر إلى
 بيعه كأن تكون التركة مدينة دينا مستغرقا لها أو غير مستغرق ولكن
 ليس عنده من النقود والمنقول ما يفي بالدين أو يكون المورث أوصى
 بنقود مرسلة أى غير مقيدة بجزء مخصوص من التركة ولا يمكن تنفيذها
 إلا ببيع العقار أو يخشى على العقار من اغتصاب قادر لا يمكن استرداده
 منه أو يكون الصغير محتاجا إلى النفقة فإذا وجد شيء من ذلك كان له
 أن يبيع العقار بمثل القيمة وبالغبن اليسير وإن لم يوجد فلا يصح وإنما جاز
 بيع المنقولات دون العقارات لأنها مما يتسارع إليه الفساد وحفظ الثمن
 للصغير أفيد بخلاف العقار فإنه لا يتغير عادة وقد يلحق بالعقار من
 المنقولات ما كان في بقائه فائدة للصغير . هذا كله إذا كان البيع لأجنبى .
 أما إذا باع لنفسه أو لمن لا تقبل شهادتهم له شيئا من مال الصغير فلا
 يصح إلا بشرط الخيرية السابق بيانها حتى تلتفى التهمة . ومثل وصى
 الأب في جميع ما ذكر وصي وصيه وهكذا

تصرفات الجد

تصرفات الجد كتصرفات الأب في جميع ما ذكر وهو على رأى
الامام وأبى يوسف متأخر عن وصى الأب في الولاية على مال الصغير
ولذلك قالوا انه لا يجوز له كل ما يجوز للوصى من التصرفات فان هذا
يجوز له بيع شيء من التركة لأداء ديون الميت وتنفيذ وصاياہ المرسله وليس
للجد هذا الحق . واذا وجد من يستحق وصية أو ديناً في مدة ولاية
الجد يجب على الموصى له والدائن أن يرفع أمره الى القاضى ليأذن الجد
بالبيع بمقدار ما يفي بالدين وتنفيذ الوصية ، وقال محمد والامام الشافعى
ان الجد مقدم فى التصرفات على وصى الأب لانه أوفر شفقة

تصرفات وصى الجد

تصرفات وصى الجد كتصرفات وصى الأب الا انه لا يبيع من
التركة لأداء دين الميت أو تنفيذ وصيته لأن الجد الذى أقامه لا يملك
ذلك فوصيه من باب أولى

تصرفات القاضى ووصيه

يجوز للقاضى أو وصيه أن يتصرف فى منقولات اليتيم بشرطين :
الأول أن يكون فى التصرف خير لليتيم وقد سبق بيان الخيرية . الثانى
أن يكون التصرف لأجنبى عنه فلو كان التصرف لنفسه أو لمن لا تقبل
شهادتهم له لا يجوز سواء كان التصرف بالبيع أم بغيره لان أفعال
القاضى أحكام وحكمه لنفسه أو لمن لا تقبل شهادتهم له لا يجوز ووصى
القاضى وكيل عنه وفعل الوكيل كفعل الموكل

ابتداء الولاية على الأموال

تبتدئ ولاية الأب على أولاده الصغار من وقت ولادتهم وعلى أموالهم من وقت تملكهم له - وعلى من يلحق بالصغار من المغايبه والمجانين من وقت ظهور العته والجنون

وتبتدئ ولاية الجد على من ذكروا بعد موت الأب من غير أن يقيم وصيا قبل موته

وتبتدئ ولاية وصى الأب أو وصى الجد بموت كل من الأب أو الجد بعد الإيصاء .

وتبتدئ ولاية القاضي من وقت علمه بوفاة من يتولى شئون من لا يقدر على حماية أموالهم من الصغار والملاحقين بهم ولم يقيم نائبا عنه وتبتدئ ولاية وصى القاضي بإقامته وصيا من قبل القاضي .

وتبتدئ ولاية القاضي أو نائبه على السفه من وقت ظهور السفه على رأى محمد ومن وقت الحكم بالسفه على رأى أبى يوسف وقد سبق بيان ذلك . وعلى ذى الغفلة من وقت ظهور غفلته . وتبتدئ ولاية الدائنين على أموال المدين من وقت الحكم بمنع المدين عن التصرف في أمواله حتى يؤدي الدين

من له حق الاذن بالتجار

الذى له حق الاذن بالتجارة للصبي المميز والمعتوه هو الولي أو الوصى لأنهما يملكان التصرف في أموالهما فيملكان الاذن لهما - وهذا الاذن لا يمنع الاذن من التصرف في الأموال التي أذن بالتجار فيها

لأن ولايته لم تنقطع عنها بالاذن . وغير الأَوْلِيَاء الثلاثة (الأب والجد والقاضى) والأوصياء الثلاثة (وصى الأب ووصى الجد ووصى القاضى) لا يملكون الاذن بالتجارة لأن الولاية على المال لم تثبت لغيرهم وإذا امتنع من له حق الاذن عن التصريح بالتجارة لأحد من ذكروا تعنتا فامن يليه الحق فى الاذن له

ما يبطل به الاذن بالتجارة

يبطل الاذن بموت الآذن أو عزله اذا كان غير القاضى أما هو فلا يبطل الاذن بموته ولا بعزله لأن اذنه بمنزلة الحكيم والأحكام لا تبطل بموت الحاكم ولا بعزله . وكذلك يبطل الاذن بمنع الآذن المأذون من مباشرة التجارة ما دامت ولايته باقية وقت المنع . ومتى بطل الاذن بأحد الأسباب السابقة صار كل من الصبى والمعتوه محجورا عليه

انتهاء الولاية والوصاية

تنتهى الولاية والوصاية على الصغير انتهاء تاما ببلوغه رشيدا سواء كان البلوغ بالسن وهو خمس عشر سنة أم بالحلم ولو لم يبلغ هذه السن . والرشيد هو من يحسن التصرف فى أمواله والدليل على انتهاء الولاية والوصاية بما ذكر قوله تعالى (وَابْتَلُوا اليتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) . أما اذا بلغ غير رشيد فقال الامام أبو حنيفة يستمر الحجر عليه الى أن يبلغ عمره خمسا وعشرين سنة ثم يسلم اليه ماله الا اذا وصل به عدم الرشد الى درجة الجنون فيبقى الحجر عليه باتفاق . وقال صاحبان يستمر الحجر عليه الى أن يظهر

رشده مهما طال الزمان وهو الظاهر المقتضى به . ودليل كل مبسوط في شرح الأحوال الشخصية . والصغيرة في جميع ما ذكر كالصغير . وتنتهي الولاية على المعتوه والمجنون وذو الغفلة بزوال العته والمجنون والغفلة وعلى السفه بظهور الرشد أو بالحكم بالرشد كما سبق . وعلى المدين بقضاء الدين . وتنتهي مؤقتاً بأشياء أخرى مذكورة في مبحث (ما يبطل به الاذن بالتجارة) السابق بيانه

محاسبة الأولياء والأوصياء

متى بلغ الصبي رشده . وزال العته أو المجنون أو السفه أو الغفلة وجب على الولي أو الوصي تسليم المال لهم وعليه أن يقدم لهم حساباً بأيرادهم ومصرفهم مدة ولايته فان صدقوه واستاموا أموالهم برئت ذمته مما حاسبهم عليه وان لم يصدقوه رفعوا أمرهم الى القاضي وهو الذي يتولى محاسبته ومتى كان الولي أو الوصي معروفاً بالأمانة أو مستوراً يقبل منه الحساب الاجمالي يمينه ان صدقه الظاهر . وان لم يصدق الظاهر ينظر فان ادعى سبباً معقولاً كأن قال اشترت لهم طعاماً فهلك صدق يمينه أيضاً ما لم يتكرر هذا الادعاء . وان لم يكن معروفاً بالأمانة لا يكتفى منه الا بالحساب التفصيلي - ويان ما يختص بتصرفات الأولياء والأوصياء ومحاسبتهم وعزلهم مذكور تفصيلاً في قسم الأحوال الشخصية فليراجعه من شاء

الولاية والوصاية قانوناً على الأموال

الأولياء على أموال الصغار ومن يلحق بهم قانوناً ثلاثة أقسام: أولياء شرعيون . وأولياء حسيون . وأولياء قضائيون

(أ) الأولياء الشرعيون

الأولياء الشرعيون من أقامهم الشرع وهم : الأب . والجد أب الأب .
وتصرفاتهم في أموال من هم تحت ولايتهم المذكورة في شرح القانون وغيره من
القوانين المصرية مأخوذة من أحكام الشريعة الغراء (قسم الأحوال الشخصية)
فليراجعه من شاء

(ب) الأولياء الحسبيون

الأولياء الحسبيون من أقامهم المجلس الحسبي أوصياء أو قوأمًا أو وكلاء وقد
كان المختص بإقامة هؤلاء وعزلهم والنظر في تصرفاتهم وما أشبه ذلك هو القاضى
الشرعى وكان بيت المال هو القائم بتنفيذ الاجراءات الخاصة بالتركات التى ضمن
أصحابها حمل مستكن أو قاصر أو معتوه أو مجنون أو غائب أو لا مالك لها أصلا
ولكن من سنة ١٨٩٦ ألغى بيت المال وقامت مقامه المجالس الحسبية وأهم القوانين
التي تسير على مقتضاها المجالس الحسبية هي : (١) القانون المؤرخ (١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦).
(٢) القانون المؤرخ (٥ مارس سنة ١٩١١ نمرة ٥)

فأما القانون الأول المؤرخ ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ فيشتمل على خمس عشرة
مادة أحكامها دائمة . وست مواد (من ١٦ - ٢١) أحكامها وقتية - ثم صدرت
لائحة تنفيذية للمجالس الحسبية مؤرخة ٢٦ يناير سنة ١٨٩٧ - والمواد الدائمة
للقانون تشتمل على ما يأتى : (١) الغاء بيت المال (٢) كيفية تأليف المجالس الحسبية
(٣) اختصاصاتها (٤) واجباتها وواجبات الأوصياء والقوام (٥) الجهة المختصة
بالجبر أو تقرير استمراره والجهة التابعة لها المجالس (٦) انتهاء الوصاية والقيامه
وتشتمل اللائحة التنفيذية على الاجراءات بأنواعها وهي مقسمة الى خمسة
فصول (١) تأليف المجالس وانعقادها (٢) التعيين (٣) المحاسبة على الأموال
(٤) انتهاء ولاية المال (٥) الدفاتر والتحريرات - واليك بيان المباحث المدونة
في كل

تأليف المجالس الحسبية

تتألف المجالس الحسبية من : مأمور المركز . وأحد علماء المركز تعيينه نظارة الحقانية . وأحد أعضاء العائلة ذات الشأن اذا وجد في الجهة التي بها المجلس والا فيستعاض بواحد من الأعيان تعيينه نظارة الداخلية . وأحد الأعيان يعينه المدير مع اقرار نظارة الداخلية .

وأما تأليفها في المديرات والمحافظات فلا يختلف عما ذكر الا باستبدال المأمور أو نائبه بالمدير أو المحافظ أو من ينوب عنهما (مادة ٤)

اختصاصات المجالس الحسبية

اختصاصات المجالس الحسبية مبينة بالمادة (٥) وتنحصر فيما يأتي :

(١) - تثبيت الأوصياء المختارين بمعرفة الأب أو الجد . وتعيين الأوصياء لمن لا وصى لهم . وعزلهم - ويشترط في تعيين الأوصياء وتثبيتهم أن يكون أمام القاضي الشرعي أو نائبه (مادة ١٥) فيجب أخذ رأيه ان لم يكن هو العضو العلمي بالمجلس والا فيكتفى بتصديقه على التعيين مع بقية الأعضاء

(٢) - تقرير استمرار الوصاية الى ما بعد الثماني عشرة اذا لم يبلغ القاصر هذه السن رشيدا

(٣) - تقرير الحجر على عديم الأهلية وتنصيب القوام وعزلهم ورفع الحجر

(٤) - تعيين وكلاء الغائبين وعزلهم

(٥) - اتخاذ الوسائل المؤدية الى حفظ أموال عديم الأهلية والغائبين وقد

جاء بالمادة (١٠) أن للنيابة أن تشترك في أعمال المجالس الحسبية اذا دعت الحاجة

وان لم يوجد مندوب للنيابة كان للعمد هذا الحق وذلك باتخاذ الوسائل التي تراها

لازمة لحفظ حقوق عديم الأهلية أو الغائبين

أما واجبات من يثبت الوفاة لمورث محجور عليه . وتعين الأوصياء والقوام والوكلاء وحقوقهم وواجباتهم وانتهاء الوصاية فبين بالمواد من (١١ - ١٥ والمادتين ٨ و ٩) واليك ملخص ما يختص بكل واحد

واجبات من يثبت الوفاة لمورث محجور عليه

يجب على من يثبت الوفاة أو يباشر الدفن أن يخبر العمدة أو شيخ الحارة في ظرف ثمان وأربعين ساعة بالوفاة والا فيلزمون بغرامة من ٢٠ قرشا إلى مائة قرش . وعلى العمدة أن يبلغ ذلك للجهة المختصة في ظرف ثمان وأربعين ساعة والا فيلزم بدفع الغرامة المذكورة (مادة ٩)

تعين الأوصياء والقوام وعزلهم

يجب تعيين الوصى أو القيم أو الوكيل في ظرف ثمانية أيام من تاريخ الاخبار بالوفاة (مادة ١١)

ويجب أن يصدر قرار بالتعيين أو العزل كما يجب على رؤساء المجالس الحسبية أن يقوموا بعمل ما تكون نتيجته وقوف المجلس تمام الوقوف على حال التركة وأهمية اقامة الوصى أو القيم مع التحرى التام عن استقامة من يراد تعيينه وصيا أو قيا وقدرته على ادارة شئون الأموال وحفظها

ويجب أن يعلن من اختير وصيا أو قيا أو وكلا قبوله في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ اعلانه بالتعيين فان سكت عد سكوته رفضا ووجب تعيين غيره في ظرف ثلاثة أيام أخرى

وهذه القرارات يجوز الطعن فيها امام المجلس الحسبي العالى ومع ذلك فهي واجبة التنفيذ ولو استؤنفت . ويترتب على تقرير الحجز أو استمراره بطلان تصرفات المحجور عليهم من يوم صدور القرار

حقوق وواجبات الأوصياء والقوام والوكلاء

للوصى أو القيم أو الوكيل أن يباشر جميع ما من شأنه انماء ثروة من هم تحت رعايته فيجوز له أن يزرع ويشارك ويؤجر ويقيم الدعاوى ويدافع . ولكن لا يجوز له البيع والشراء والرهن وسداد الدين الا باذن من المجلس الحسبي فاذا اذن بالبيع كان له حق قبض الثمن كما له حق قبض غيره الا ثمن العقار المزوعة ملكيته للمنافع العامة فلا بد في قبضه من الاذن . وله أخذ أجره نظير قيامه بأعمال من هم تحت ولايته يقدرها المجلس الحسبي بطلب منه وعليه الواجبات الآتية وهي :

- (١) — أن يجرد في ظرف ثلاثة أيام جميع أعيان التركة من منقول وعقار وأوراق وقيم المنقولات وقت الجرد بوجه التقريب ويكون ذلك بحضور أحد مندوبي جهة الادارة وكل شخص ذى شأن يحضر من تلقاء نفسه وذلك قبل استلام الأعيان المذكورة والا فيلزمون بدفع غرامة من ٥٠ قرشا الى ٥٠٠ قرش وتحرر قائمة الجرد على نسختين ويوقع عليها جميع الحاضرين (مادة ١٢)
- (٢) — دفع أجره الحراس الذين عينهم النيابة أو العمدة أو رؤساء المجالس الحسبية

- (٣) — تقديم ضمان للمجلس الحسبي يكفل حسن ادارته ويجوز أن يكون الضمان شخصا أو عينيا أى عقارا . واذا ساءت ادارة الأب أو الجد جاز للمجلس أن يطلب من كل منهما الضمان فان أباه جاز عزله
- (٤) — تقديم حساب تفصيلي كل سنة للمجلس انذى عينه عن الوارد والمنصرف معززا بالسندات الدالة على صحته

- (٥) — دفع ما يقدره المجلس نفقة للمحجور عليه
- (٦) — تنفيذ ما يختص بكيفية استثمار النقود المتوفرة أو ايداعها في صناديق الحكومة متى صدر قرار المجلس بذلك

(٧) — تقديم حساب نهائى فى جلسة المجلس الحسبى لرب المال أو ورثته عند انتهاء الولاية بغير موت الولى فان انتهت بموته فعلى ورثته تقديم الحساب

انتهاء ولاية الأوصياء والقوام والوكلاء

تنتهى ولاية الأوصياء والقوام والوكلاء بأحد الأمور الآتية : بلوغ الصبي تمام السنة الثامنة عشرة ويثبت ذلك بشهادة الميلاد أو ما يقوم مقامها ان وجدت والا فبشهادة طبيب أو بالتقدير التقريبى الا اذا قرر المجلس استمرار الحجر الى ما بعد هذه السن . رفع الحجر عن المحجور عليه . عودة الغائب . موت المحجور عليه . عزل ولى المال أو تنازله عن الولاية أو موته — وفى الأحوال الأربعة الأولى يسلم المال لصاحبه وفى الخامسة يسلم للجديد من أولياء المال فى ظرف ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء ولاية الأول

أما القانون الثانى للمجالس الحسبية المؤرخ (٥ مارس سنة ١٩١١ مرة ٥) نفاذ بتأليف مجلس حسبى عال ومواده احدى عشرة مادة وتشتمل على كيفية تأليفه واختصاصه وحقوقه وواجباته والاجراءات الداخلى له

تأليفه

يتألف المجلس الحسبى العالى من : ثلاثة مستشارين وطنيين من مستشارى محكمة الاستئناف الأهلية يعينون بمعرفة ناظر الحقانية — ومن عضوين : أحدهما من المحكمة العليا الشرعية . والثانى من الموظفين أو المتقاعدين ويعينان بمعرفة مجلس النظار بناء على ما يعرضه ناظر الحقانية
وإذا غاب أحدهم انتخب بدله بالصفة المذكورة (مادة أولى)

اختصاصه

يختص هذا المجلس بنظر ما يرفع اليه بواسطة نظارة الحقانية أو النيابة العمومية أو من شخصى ذى شأن من القرارات التى تصدرها المجالس الحسبية وتكون متعلقة

بإدارة الأوصياء أو القوام أو الوكلاء أو تنصيبهم أو عزلهم ويكون دفعها في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ صدورها ومتى نظرها يجوز له أن يقرر فيها ما يأتي :

(١) - أن يلغى أو يعدل أى قرار رفع إليه أو يوقف تنفيذه مؤقتاً

(٢) - أن يبين طريقة السير اللازم اتباعها بمعرفة المجلس الحسبى في القضية التى تكون مستأنفة أمامه

(٣) - أن يقرر اتخاذ الاجراءات المستعجلة التى كان للمجلس الحسبى اتخاذها للمحافظة على حقوق القصر أو عديمى الأهلية أو الغائبين

(٤) - أن يقرر توقيع الحجر أو رفعه

(٥) - أن يقرر استمرار الوصاية الى ما بعد سن الثمانى عشرة سنة أو رفعها

(٦) - أن يعين الأوصياء والقوام والوكلاء أو عزلهم أو يستبدلهم ويجوز له أيضاً بناء على طلب ناظر الحفانية أن يحيل الى مجلس حسبى المديرية أى قضية من اختصاص مجلس حسبى المركز اذا تبين أن للركة أو للأموال من الأهمية ما يدعو الى هذه الاحالة . مادتى (٢ و ٣)

حقوقه وواجباته

للمجلس الحسبى العالى أثناء أدائه وظيفته جميع الحقوق والاختصاصات التى لدائرة مدنية من دوائر محكمة الاستئناف الأهلية - وعليه أن يسمع أقوال الخصوم أو وكلائهم المقبولين أمام الاستئناف الأهلئ أو المحاكم الشرعية (مادتى ٥ و ٨)

اجراءاته

تصدر قرارات المجلس بأغلبية الآراء ويجب بيان أسبابها . ويجوز أن يلزم من خسر الدعوى بالمصاريف (مادتى ٦ و ٧)

ومع كون قرارات المجلس الحسبى الابتدائية واجبة التنفيذ وأن استؤنفت فإنه يجوز لناظر الحفانية أن يصدر قرارا بإيقاف التنفيذ حتى يصدر قرار المجلس العالى متى رأى المصلحة فى ذلك

(ج) - الأولياء القضاة

الأولياء القضاة هم من أقامتهم المحكمة الابتدائية المدنية المختصة قوَّاما على أموال المحكوم عليهم بعقوبة جنائية ان لم يقم المحكوم عليه أحدا عنه أو أقامه ولم تصدق عليه المحكمة المذكورة وهذه المحكمة بالنسبة للقيم تقوم مقام المجلس الحسبي . ومع وجوب الحجر على المحكوم عليه في التصرفات المالية فإنه يجوز له أن يوصي وأن يقف بلا اذن من المحكمة (شرح القانون صفحة ٢٨ وما بعدها . وقانون المجالس الحسبية ولائحتها التنفيذية . وقانون المجلس الحسبي العالي)

تصرفات الوكيل

الوكيل هو الشخص الذي يقيمه الانسان مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه

وكل ما جاز للشخص أن يباشره بنفسه جاز له أن يوكل فيه غيره . ويشترط في الوكيل أن يكون أهلا للعقود والتصرفات التي يباشرها وأحكام تصرفات الوكيل وعقوده لها مبحث خاص بها وهو كتاب الوكالة الذي سوف يذكر ضمن العقود المعينة . ولكن لكون الوكيل أحد المتعاقدين اللذين تتكلم الآن على أهليتهما للعقود والتصرفات وجب أن نبين شيئا من أحكام تصرفه . ومن المقرر شرعا أن كل من باشر عقدا من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من الحقوق والواجبات . أما اذا باشر شيئا من العقود والتصرفات بطريق الوكالة عن غيره فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الاول أن يكون وكيلاً في مباشرة عقود التبرعات كالهبة والوصية والصدقة والإعارة والقرض والإيداع

الثاني أن يكون وكيلًا في مباشرة عقود المعاوضات كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والصلح عن مال بمال فان كان الأول فاما أن يكون وكيلًا عن يريد الاعطاء والتملك واما أن يكون وكيلًا عن يريد الأخذ والتملك . فان كان وكيلًا عن يريد الاعطاء والتملك بأن قال شخص لآخر وكلتك تهب لفلان هذه العين فوهبها له وقع العقد للموكل مطلقا سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أم الى موكله . وان كان وكيلًا عن يريد الأخذ والتملك ينظر فان أضاف العقد الى نفسه وكان الواهب قد أضافه اليه بأن قال الواهب وهبتك هذا الشيء فقال الوكيل قبلته لنفسى وقع العقد للوكيل وملك الشيء الموهوب وتعلقت به جميع حقوق عقد الهبة . ومثل الهبة في ذلك جميع عقود التبرعات فيكون للوكيل استلام الهبة بنفسه وعليه حفظ الوديعة والعارية وتسليمهما لصاحبهما . وان أضاف العقد الى موكله وقع العقد للموكل ورجعت حقوقه اليه . واستثنى الفقهاء التوكيل بالقرض فقال الامام ومحمد لا يجوز التوكيل به فان قبل القرض بالوكالة عن غيره وقع العقد له وان أضافه الى موكله واستدلا على ذلك بأن القرض شبهه بالشحاذة والتوكيل بها لا يجوز لكن اذا كان رسولا من قبل المستقرض جاز لان العاقد هو المستقرض . وقال أبو يوسف يجوز التوكيل بالقرض لأن التوكيل بالهبة التي هي تبرع محض جائز باتفاق فالقرض الذي من شأنه أن يكون له بدل يجوز التوكيل بقبوله من باب أولى . هذا كله اذا وافق القبول الايجاب فان خالفه بأن قال الواهب مثلا وهبت لموكلك هذا العين فقال الوكيل قبلتها لنفسى بطل العقد

وان كان الثانى بأن كان وكىلا عن غير فى عقد من عقود المعاوضات فكل العقود التى يباشرها تقع للموكل سواء أضافها الى نفسه أم الى موكله أما حقوق العقد فترجع الى من يضاف اليه العقد فان أضافه الوكيل الى نفسه عادت اليه حقوقه كلها كتسليم ما باعه أو أجره أو صالح عنه وكالمطالبة بالثمن والأجرة وبذل الصالح وان أضاف العقد الى موكله رجعت جميع حقوقه الى الموكل فلا مطالبة للوكيل ولا عليه بشىء من حقوق العقد

تصرفات الفضولى

الفضولى لغة من يشتغل بما لا يعنيه . وشرعاً من يتصرف فى ملك غيره بغير اذن شرعى وحكم عقود وتصرفاته أنها تنعقد صحيحة موقوفة على اجازة المالك فإن أجازها نفذت والابطلت . وسيأتى زيادة بيان لحكم تصرفات الفضولى فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من كتاب البيع

تصرفات الوكيل والفضولى قانوناً

تصرفات الوكيل قانوناً ستأتى مفصلة عقب كتاب الوكالة . وأما تصرفات الفضولى قانوناً فحكمها كحكم تصرفه فى الشريعة الغراء أى أنها تقع موقوفة على اجازة الموقوف له ان شاء أجازها وان شاء أبطلها فقد جاء بالمادة (١٣٧) ما نصه (من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها أو رفضها) هذا بالنسبة لمن عقد العقد على ذمته أما بالنسبة للفضولى فيقع باطلاً لأنه اذا كان مشترياً لم يلتزم بدفع الثمن شخصياً واذا كان بائعاً لم يلتزم بنقل الملكية شخصياً هذا اذا كان ما باشره الفضولى تمهداً فان كان عملاً لغيره بلا اذن بأن

غرس له أشجاراً. أو بنى بناء كان على كل من الفضولى ورب المال واجبات للآخر
فيكون على الفضولى : اتمام ما شرع فيه . وعنايته به . وسيره فيه كما يجب على
الوكيل لموكله . وأن يقدم لرب المال حساباً عن عمله

ويجب على رب المال : أن يعوض على الفضولى ما يكون قد أنفقه ان كانت فائدة
عمله أكثر أو مساوية لقيمة ما صرفه فان صرف أكثر كان له أيضاً ما صرف ان
كان يحتمل عادة والا فليس له الا ما يحتمل كما اذا رُمّ الدار المبنية بالبن بآجر فله
قيمة الرّمّ بالبن فقط . وأن يفي بما يكون قد عقد لمصلحته . وأن يلتزم بما التزم به
عنه للغير

هذا كله اذا توفرت الشروط الآتية :

- (١) — أن لا يرخص له رب المال في العمل أثناءه والا اعتبر وكيلاً
- (٢) — أن يكون الفضولى قصد بعمله منفعة رب المال والا فليعه ما ينشأ عنه
من الضرر
- (٣) — أن تكون الاعمال مباحة فان كانت محرمة فلا يترتب عليها شيء وان
انتفع بها رب المال
- (٤) — أن يكون الفضولى أهلاً لالتعهد فان كان محجوراً عليه فيه فلا شيء له
وعليه تعويض الضرر ان حصل
- ولا تضامن بين الفضوليين ولا بين أرباب الأموال ان تعددوا (شرح القانون
صفحة ١٧٤ و ١٧٥) بتصرف

رضا العاقدین وما يعدم الرضا

الرضا هو ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه وهو شرط
لصحة العقود والتصرفات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها فان
انعدم الرضا في شيء منها ففسد

والاختيار هو ترجيح فعل الشيء على عدم فعله فهو أعم من الرضا لأنه إما أن يكون عن ميل ورغبة في فعل الشيء أو تركه ويسمى اختياراً صحيحاً أو أن يكون مبنيّاً على اختياراً هون الشرين ويسمى اختياراً فاسداً ولا ينعدم الاختيار إلا إذا انعدم الشعور والحس

والذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار هو الإكراه ومعناه إجبار شخص على عمل شيء بلا حق

والإكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ: فالملجئ ما يعدم الرضا ويفسد الاختيار ويكون بالتهديد بالقتل أو إتلاف عضو أو إحراق كل المال أو إيذاء الآباء والأولاد إيذاء شديداً أو نحو ذلك

وغير الملجئ ما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو ما كان بأقل من ذلك. وقال بعض الفقهاء إنه يفوز الرأي إلى القاضي في تعيين الإكراه الملجئ من غيره لتفاوت الناس تفاوتاً يبنّا في نمو الإحساس ورقة الطبع وخشونته

والفرق بين حكم الإكراه الملجئ وغيره إنما يظهر في العبادات أما في المعاملات فلا فرق بينهما في إفساد العقود والتصرفات الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها كما سبق

ما يتحقق به الإكراه

لا يتحقق الإكراه إلا بتوفر أربعة أشياء:
الأول - أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما مهدد به

الثاني - أن يغلب على ظن المكره أن المكره ينفذ ما هدد به
 أن امتنع
 الثالث - أن يفعل المكره الفعل بحضور المكره أو
 بحضور نائب عنه أو يغلب على ظنه إرسال من يحضره إليه لتنفيذ
 ما هدد به

الرابع - أن يكون المكره ممتنعا عن فعل ما أكره عليه
 فإن لم يوجد واحد من هذه الأمور الأربعة فلا يوجد الاكراه

حكم الاكراه في العقود والتصرفات

قلنا فيما سبق ان الرضا شرط لصحة العقود والتصرفات الواردة
 على الأعيان المالية أو على منافعها وأن الاكراه يفسدها . والآن نبين
 أن الاكراه لا يؤثر على كل العقود والتصرفات المالية بالفساد وانما يؤثر
 على بعضها دون البعض الآخر . واليك بيان كل

العقود والتصرفات التي يفسدها الاكراه

العقود والتصرفات التي يفسدها الاكراه هي التي تتحمل الفسخ
 ويبطالها الهزل وذلك كالبيع . والشراء . والاجارة . والاستئجار . والصلح
 عن مال . وتأجيل الدين . واسقاط الشفعة . والكفالة . والحالة .
 والاقرار . وبراء المدين . وبراء الكفيل بنفس أو مال . ولكن يبيع
 المكره مع كونه فاسداً يخالف بقية البيوع الفاسدة بغير الاكراه في
 أربعة أشياء :

الأول - أنه ينقلب صحيحا إذا أجازته المكره بعد زوال الاكراه ولا تسقط الاجازة بموت أحدهما ولا بموتهما بل تقوم ورثة كل واحد مقامه وغير هذا من البيوع الفاسدة لا ينقلب صحيحا بالاجازة بعد التفريق من مجلس العقد

الثاني - أنه يجوز للمكره استرداد المبيع ممن هو تحت يده ولو تداولته الأيدي إذا كان التصرف فيه مما يحتمل الفسخ أما غيره من البيوع الفاسدة فلا يسترد فيه المبيع بعد هذا التصرف

الثالث - انه إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا لا يحتمل الفسخ بأن وقفه يكون المكره مخيرا بين أن يضمن المشتري قيمته يوم القبض أو يوم الوقف وبين أن يضمن المكره يوم القبض وغير هذا يضمن فيه المشتري يوم القبض فقط

وإذا هلكت العين المبيعة باكراه في يد المشتري يكون المكره مخيرا بين أن يضمن المكره قيمتها يوم القبض وبين أن يضمن المشتري قيمتها يوم القبض أو يوم الهلاك ان اشتراها مختارا فان كان مكرها أيضا فلا ضمان عليه وإنما الذي يضمن هو المكره وإذا ضمن هذا في الصورة الأولى رجع على المشتري بما ضمن . وإن ضمن المشتري فلا رجوع له على أحد لهلاك العين عنده

الرابع - أنه يعتبر المبيع أمانة في يد المشتري ان كان هو المكره . والثن أمانة في يد البائع ان كان هو المكره وكل من البذلين أمانة في يد الآخر ان كان كل منهما مكرها وليس كذلك بقية البيوع الفاسدة

ويترتب على فساد بيع المكره أن المبيع يملك بالقبض ملكا خيئنا ويجب فسخه ورد كل من البدين لصاحبه ولو بدون رضا العاقد الثاني واذا علم به القاضى وجب عليه فسخه ازالة المنكر شرعا . ويترتب أيضا على كونه فاسدا أنه تنفذ فيه تصرفات المشتري التي لا تحمل الفسخ كالوقف . والقائل بفساد عقود المكره التي تحمل الفسخ هو الامام وصاحبيه . وقال زفر ان هذه العقود اذا حصلت بالا كراه تكون موقوفة لا فاسدة ويترتب على قوله أن الأعيان التي وردت عليها هذه العقود لا تملك بالقبض ولا تنفذ فيها تصرفات المشتري التي لا تحمل الفسخ الا اذا أجازها المكره اجازة معتبرة شرعا وهو وجه وقول الامام وصاحبيه هو المعتمد

العقود والتصرفات التي لا يفسدها الا كراه

العقود والتصرفات التي لا يفسدها الا كراه بنوعيه هي التي لا تحمل الفسخ ولا يبطلها الهزل وذلك كالزواج . والطلاق . والاعتاق . والصلح عن دم العمد . فلو أكره شخص على شيء منها وقع صحيحا متى كان مستوفيا شرائطه ويترتب على ذلك أنه لو حصل الا كراه على زواج صح ويرث كل منهما الآخر اذا مات أحدهما ولم تحصل بينهما فرقة قبل الموت . واذا حصل الا كراه على طلاق قبل الدخول رجع المطلق على من أكرهه بنصف المهر الذي تستحقه المطلقة على الزوج وأما بعد الدخول فلا يرجع بشيء لأن المهر يتأكد بالدخول . واذا حصل على اعتاق بالقول ولم يكن الاعتاق في نظير كفارة عين أو افطار في رمضان

عمداً أو نحو ذلك رجع المعتق على من أكرهه بقيمة من أعتقه يوم العتق. وإن كان الاعتاق بالفعل بأن أكره شخص آخر على شراء قريب ذي رحم محرم منه وعتق هذا القريب بالشراء فلا يرجع المشتري بشيء على من أكرهه لأن الاكراه ليس سبباً في العتق بل سبب العتق القرابة لقوله صلى الله عليه وسلم (مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرُومٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ) هذا كله رأى فقهاء المذهب الحنفى دون سواهم

وقال الأئمة الثلاثة إن الاكراه يفسد جميع العقود والتصرفات سواء كانت مما يحتمل الفسخ أو مما لا يحتمله واستدل الأئمة على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام (رُفِعَ عَنْ أُمَّيَ الْخَطَا وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتَسْكِرْهُوا عَلَيْهِ) أى لا يؤخذون بمقتضى ما حصل مع الاتصاف بأحد هذه الصفات الثلاثة وهو ظاهر معقول الحكمة

واستدل الامام أبو حنيفة وأصحابه بأن الحديث المذكور إنما يدل على رفع حكم الاكراه الأخرى لا الدينوى وبنوا ذلك على ما قرروه في أصول مذهبهم من أن اللفظ المشترك بين معنيين أو أكثر لا يستعمل إلا في واحد منها فحمل على حكم الاكراه الأخرى . واستدل أيضاً بأن المكروه ليس أقلّ حالاً من المأزول لأن المكروه قاصد للعقد والتصرف . والمأزول غير قاصد له بالمرّة مع أن هذه العقود تصح من المأزول باتفاق لقوله عليه الصلاة والسلام (ثلاثةٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ)

الرضا والأكراه في التصرفات قانوناً

جعلت الشريعة الغراء رضا كل من العاقلين شرطاً لصحة العقود والتصرفات فإذا زال الرضا كان العقد فاسداً وقد سبق بيان ذلك مفصلاً

أما القانون فقد جعل الرضا ركناً من أركان العقد كما سبق فلو زال الرضا كان العقد باطلاً قانوناً (مادة ١٢٨)

والفرق بين الفاسد والباطل أن الفاسد يملك بالقبض ويمكن إجازته بعد الإكراه والباطل ليس كذلك ولا يترتب عليه حكم أصلاً (هذا على المذهب الحنفي وأما بقية الأئمة فلم يفرقوا بين الفاسد والباطل إلا في أعمال الحرج)
والرضا قانوناً هو القبول بالاختيار التام

ويستدل على الرضا بصور صيغ العقود والتصرفات عن رغبة واختيار — والصيغ إما أن تكون قولاً أو فعلاً ، فالقول هو الإيجاب والقبول باللفظ ، والفعل هو الكتابة ، والتعاطي ، والإشارة المعروفة للأخرس . ويجب لانعقاد العقد بما ذكر عدم مخالفة القبول للإيجاب مخالفة مضرة

ولم يشترط القانون اتحاد مجلس الإيجاب والقبول بل أجاز أن يتأخر القبول زمنياً باتفاق المتعاقدين وقت الإيجاب . ولكن الشريعة تشترط اتحاد المجلس حقيقة بأن لم يخرج أحدهما منه قبل القبول وحكماً بأن لم يعرض القابل عن القبول ولم يرجع الموجب عن إيجابه قبل القبول فإن اختلف بطل العقد شرعاً
وإذا حصل انعقاد بالكتابة لتباعد المتعاقدين فلا يتم العقد بمجرد كتابة القبول إلى الموجب بل بعد وصوله إليه وقراءته ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) — ان العقود عليه يبقى في ملك صاحبه حتى يتم العقد فان هلك قبل تمامه هلك على صاحبه

(٢) — اذا توفي الموجب أو فقد الأهلية قبل وصول القبول بطل العقد أما القابل فمقوم ورثته أو وليه مقامه في القبول ان مات أو خرج عن الأهلية (ما يختص بالقابل بخلاف أحكام الشريعة الغراء)

(٣) — للموجب أن يرجع عن إيجابه حتى يصله القبول
والا كراه قانونا هو غصب الملتزم على التعاقد بالارهاب ولا يكون الا كراه
موجبا لبطلان التعهد الا اذا كان شديدا بحيث يحصل معه تأثير لمن يقع عليه مع
مراعاة السن والحالة والمركز وشدة التأثير بالمؤثرات وضعفه الى غير ذلك من
المميزات التي لا تدخل تحت حصر ويفوض الرأي في تقدير ذلك كله الى نباهة
القاضي وحذقه (مادة ١٣٥)

ويترتب على هذه المادة أنه يجوز للمحاكم البحث فيما اذا كان الاكراه سببا
لرغبة مدعيه رهبة لم تجعل في وسعه الا قبول التعهد فان لم يكن كذلك فلا يعد
اكراها مبطلا للتعهد (الحقوق سنة ٦ صفحة ٣٠٢) ويترتب عليها أيضا أن ارهاب
الموظف بادخاله مجلس التأديب ان لم يطلب الانتقال أو الاستعفاء وكانت صحته
لا تساعد على النقل فطلب الاستعفاء اعتبر مكرها ولا يترتب على هذا الاستعفاء حرمانه
من المكافأة أو المعاش (الحقوق سنة ١٨ صفحة ١٣٨)

الغبن الفاحش

تعريفه وأقسامه

الغبن معناه لغة الاغصاب . وشرعا ينقسم الى قسمين غبن يسير
وغبن فاحش. فالغبن اليسير على رأى بعض الفقهاء هو تخمس قيمة الشيء
فأقل نقصا في البيع وزيادة في الشراء . والغبن الفاحش على رأيهم أيضا
هو ما كان أكثر من الخمس فيما ذكر . وأما على رأى البعض الآخر
فالغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش ما لا يدخل
تحت تقويمهم فاذا قال خبير يوثق بقوله ان هذا الحصان يساوي
من خمسين الى خمسة وخمسين جنيتها ثم باعه صاحبه بخمسين أو اشتراه

المشتري بخمسة وخمسين يكون كل واحد منهما مغبونا غبنا يسيرا أما إذا باعه صاحبه بتسعة وأربعين جنيتها أو أقل أو اشتراه المشتري بستة وخمسين أو أكثر سعى كل منهما مغبونا غبنا فاحشا أما على الرأي الأول فلا يسمى البائع مغبونا غبنا فاحشا في المثال المذكور إلا إذا كان قد باعه بأقل من أربعين جنيتها ولا المشتري إلا إذا اشتراه بأكثر من ستين جنيتها

والغبن اما ان يصاحبه تغير أولي - والتغير نوعان : تغير قولي وتغير فعلي . فالقولي هو أن يبالغ صاحب الشيء في وصفه مبالغة زائدة . والفعل هو أن يعمل فيه ما يستوجب غش من يريد أخذه

حكم الغبن في العقود والتصرفات

حكم الغبن اليسير أنه لا يؤثر على العقود مطلقا سواء صاحبه تغير أم لم يصاحبه إلا في صورة واحدة وهو ما إذا صاحبه تغير فعلي فإنه يجعل المغبون مخيرا بين فسخ العقد وبين أخذ الشيء بكل الثمن . ومثال التغير الفعلي أن يربط صاحب البقرة أخلافا قبل عرضها للبيع بأيام حتى يظهر ضرعها كبيرا فإذا اشتراها شخص على أنها حلوب اعتمادا على ظاهرها فوجد لبنها بعد الحلب الأولى أقل مما تحلب أمثالها كان مخيرا بين أن يأخذها بكل الثمن وبين أن يردّها ويرد قيمة ما أخذه من اللبن . وقد ورد أن النبي عليه الصلاة والسلام جعل القيمة صاعا من تمر حتى لا يحصل كبير خلاف بين البائع والمشتري في هذه القيمة تسهيلا للمعاملات ورفعاً للحرص والمشقة في تقدير قيمة اللبن في كل دابة لأنه

لا ينضبط خصوصا اذا استهلك قبل أن يعاينه أحد المقيدين . ومن باب أولى يعلم أن التغيرير الفعلي يؤثر على العقود اذا ترتب عليه غبن فاحش وحكم الغبن الفاحش مختلف فيه . فقال فريق من الفقهاء أنه لا يؤثر على العقود مطلقا سواء صاحبه تغيرير قولي أم لا . وقال فريق آخر أنه يؤثر عليها مطلقا فيجوز للمغبون أن يفسخ أو يبيح وفصل آخرون فقالوا ان صاحبه تغيرير أثر عليها والا فلا وهذا هو المعتمد

هذا كله اذا كانت العقود والتصرفات التي حصل فيها الغبن الفاحش في غير مال الوقف واليتيم فان كانت في مال واحد منهما فلا يصح العقد باتفاق مراعاة لمصلحة الوقف واليتيم

الغبن الفاحش قانونا

الغبن الفاحش ذكره القانون في مادتي (٦٣٦ و ٦٣٧) وهو مقدر بأكثر من خمس ثمن المبيع نقصا في البيع وزيادة في الشراء ويدل صريح المادتين المذكورتين على أن الغبن لا يفسد العقود مهما كان عظيما فلا يملك المغبون فسخ العقد بسبب الغبن بدون رضا العاقد الآخر متى توفرت فيه شروط الأهلية لأن مثل هذا يجب أن يتحمل نتائج عمله فان لم تتوفر فيه شروط الأهلية بأن كان قاصرا جاز له أن يطلب تكملة الثمن الذي باع به في ظرف سنتين بعد بلوغه الرشد فان لم يستعمل حقه فيهما بطل ولورثته اذا مات ما كان له في ظرف سنتين أيضا من تاريخ وفاته وجواز طلب التكملة مشروط فيه أن يكون المبيع عقارا وليس لولى المال هذا الحق اذا غبن في تصرفه في مال القاصر . ولم يزد في القانون ما يفيد منح هذا الحق لغير القاصر من المحجور عليهم (ولكن جاء في حكم الاستئناف المختلط الصادر في ١٩ ابريل سنة ١٨٨٩ بمجموعة القوانين والأحكام المصرية جزء أول صفحة ١١٥) مانصه : (يجب أن يكون مثل المحجور عليه كمثل القاصر فيما يتعلق بدعوى طلب تكملة الثمن بسبب

الغبين ولكن يسقط حقه كما يسقط حق القاصر بمضى سنتين من تاريخ رفع الحجر) ومواعيد سقوط الحق ليست قابلة للايقاف أو الانقطاع ما لم يكن هناك استثناءات مخصوصة نص عليها القانون

ولا فرق في هذا الغبن بين أن يكون فيه تغير قولى أولا لانه جاء في صفحة ١٣٣ ما نصه (ولا يعد من التدليس مبالغة التجار في صفات سلعهم بالاعلانات وغيرها) أما اذا كان الغبن ميئنا على تدليس وغش بأن صاحبه تغير فعلى كما اذا ربط أخلاف البقرة ليظهر ضررها كبيرا أو استعمل الكذب والخداع حتى أدخل الغش على المتعاقد معه فان العقد يكون فاسدا شرعا وقانونا ويجب فسخه

وشرط التدليس للمعدم للرضا مبين بالمادة (١٣٦) ونصها (التدليس موجب لعدم صحة الرضا اذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتبا على الخيل المستعملة من المتعاقدين الآخر بحيث لولاها لما رضى) ويترتب على هذه المادة أنه لا بد لمن يدعى التدليس الموجب لبطلان التعهد أن يثبت حصوله بالطرق القانونية. وأنه لا يستنتج التدليس والغش من قرآن الأحوال لأن الأصل في العقود الصحة ولا يثبت غيره الا بدليل وأن مجرد عدم الاخبار بأمر لا يعد غشا في مسائل العقود والتصرفات بل يلزم اوجود هذا الغش الاخبار كذبا بأمر لم يكن (المحاكم سنة ١٧ صفحة ٣١٢١)

الغلط الواقع في العقود

اذا حصل غلط من أحد المتعاقدين في عقد من العقود بأن ذكر فيه شيء غير حقيقى فلا يخلو هذا الغلط من أن يكون في جنس العقود عليه أو في وصفه فان كان الغلط في جنسه بأن قال بعثك هذا الثوب الحرير أو الفص الياقوت بكذا وقال الآخر قبلت فأتضح أن الثوب قطن أو الفص زجاج تعلق العقد بما سماه وبطل لانعدام المسمى وهو الحرير والياقوت .

وان كان الغلط في وصفه بأن قال ليلا بعثك هذا الحصان الأحمر فاذا هو أسود أو فص الماس الأبيض فاذا هو أصفر تعلق العقد بالمسمى ووقع صحيحا ولكن المشتري يكون مخيرا بين أخذه بكل الثمن وبين فسخ العقد لفوات الوصف المرغوب فيه

حكم الغلط الواقع في العقود قانونا

حكم الغلط الواقع في العقود قانونا أنه مبطل لها فقد جاء في المادة (١٣٤) ما نصه (الغلط موجب لبطلان الرضا متى كان واقعا في أصل الموضوع المعتبر في العقد) وجاء في الشرح صفحة (١٣٢) ان الغلط يفسد الرضا ولا يبطله وقد فرّق بين الباطل والفساد تبعاً لمذهب الامام الأعظم . وحصر الغلط المفسد للعقود فيما يأتي :

(١) — الغلط الواقع في شخصية المتعاقد معه اذا كانت شخصيته هي المعتبرة في العقد كما لو تعاقد مع شخص يظنه فلانا المشهور بدقة صناعته ثم ظهر أنه غيره
(٢) — الغلط في ماهية الموقوف عليه كما اذا اشترى سبيكة على أنها ذهب فاذا هي نحاس

(٣) — الغلط في صفات الشيء التي تجعل له قيمة خاصة وتميزه عن غيره كما اذا اشترى صورة علي أنها من رسم فلان الشهير ثم ظهر أنها من رسم غيره
واذا رضى المشتري بالمبيع مع الغلط ووضع يده عليه بعد علمه به سقط حقه في الفسخ ووجب عليه كل الثمن . وأما الغلط في القيمة فلا يعد عيبا مفسدا للرضا ما دام قد صدر من ذى أهلية (انظر العبن الفاحش) وليس في ذلك كراهة مخالفة أحكام الشريعة الغراء الا في حالة ما اذا كان الغلط في ماهية الموقوف عليه فانه يقع العقد باطلا شرعا ولا تصح اجازته

بقية شروط العقود على العموم

(٢-٣-٤ محل العقد . وفائده . وقصد شرعية)

(٢) محل العقد

محل العقد هو العقود عليه وهو اما أن يكون مالا أو منفعة أو عملاً ويرد على كل منها كثير من العقود والتصرفات ومن ذلك تنوعت أسماؤها . وذلك أن العقد الوارد على الأعيان المالية اما أن يرد عليها لتملكها في الحال بعوض مالى ويسمى بيعا . أو لتملكها في الحال بلا عوض ويسمى هبة . أو لتملكها بعد الموت بلا عوض ويسمى وصية . أو لحفظها ورد عينها ويسمى وديعة . أو لاستهلاكها ورد مثلها ويسمى قرضا . أو لحبسها بدينه حتى يأخذه ويسمى رهنا . أو لأدائها عن غيره مع عدم براءة هذا الغير ويسمى كفالة . أو لأدائها عن غيره مع براءة هذا الغير ويسمى حوالة . أو لاستغلالها ويسمى شركة . أو مضاربة . والعقد الوارد على المنافع اما أن يرد عليها لتملكها بعوض ويسمى اجارة . أو لتملكها في الحال بلا عوض ويسمى اعارة . أو لتملكها بعد الموت بلا عوض ويسمى وصية بالمنفعة .

والعقد الوارد على العمل اما أن يكون بعوض في الحال ويسمى اجارة والعامل يسمى أجيرا . أو بعوض في المال مما تنبته الأرض ويسمى مزارعة . أو بعوض كما ذكر مما تثمر الأشجار ويسمى مساقاة أو بغير عوض ويسمى وكالة

ويشترط في محل العقد على اختلاف أنواعه لصحة هذه العقود أن يكون قابلاً لحكم العقد فإن لم يقبله لا يصح

محل العقد قانوناً

محل العقد قانوناً مذكورة شروطه العامة في المادة (٩٥) ونصها (يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلاً ممكنًا جائزًا والا كان باطلاً فإن كان الغرض منه إعطاء شيء وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه ولو بالنوع وأن يكون صنفه مبيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال) ويترب على هذه المادة أن من تجاوز حدود القانون وعيث بالنظام العام يجب إرجاعه إليه والضرب على يده . وكلما أخذ يعقد باطل وجب رده الى صاحبه (المحاكم سنة ١٢ صفحة ٢٥١٧)

وقد زاد شارح القانون على ما جاء في المادة قسمًا ثالثاً لمحل العقد وهو: التعهد بالامتناع عن أمر في منفعة المتعهد اليه كعدم صنع ساعة معينة لغيره (صفحة ١٣٤)

(٣) فائدة العقد

يشترط لصحة العقد أن يكون فيه فائدة فإن خلا عنها أصلاً لا يصح العقد كما إذا ورد على بيع جنیه بمثله استويا وزنا ووصفا . أو على بيع كل من الشريكين نصيبه الشائع بنصيب شريكه الشائع أيضاً في العين التي حصل التبايع فيها إذا كان نصيب كل منهما مساويا لنصيب الآخر

(٤) قصد شرعية العقد

قد يكون في العقد فائدة ولكن ليس متعبرة شرعاً لكونها لا يعتد بها في نظر العقلاء من الناس فإن كانت الفائدة التي في العقد

من هذا النوع فلا يصح كما اذا استأجر انسان ثوبا لا يلبسه بل ليضعه على يده ذهابا وايابا حتى يقول من يراه ان فلانا له ثوب جميل أو استأجرت امرأة الجواهر والأحجار الكريمة لا لتزين بها بل لتزيها لخاطبيها وخاطباتها في خزائن منزلها لتتوفر دواعي الرغبة في الاقتران بها الى غير ذلك من أنواع العقود التي فيها فائدة ولكنها غير مقصودة شرعا لأن الشرع حكيم لا يعتبر من الأشياء الا ما كانت فائدته مما يقصدها العقلاء

فائدة العقود وكون الفائدة مقصودة للعقلاء قانونا

كل ما ورد في هذا البحث هو ما نصت عليه المادة (٩٤) ونصها « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » ومنها يؤخذ أن جميع العقود والالتزامات تعتبر صحيحة اذا كانت لا تخالف القانون ولا تخل بالنظام العام والآداب وجرت العادة على حصول مثلها ويجب نفاذها. وعلى من يدعى عدم صحتها الاثبات سواء كانت مفيدة أم غير مفيدة وسواء كانت فائدتها مما يقصدها العقلاء أم مما لا يقصدها وسيأتى زيادة بيان لهذا الموضوع (في التعهدات الشرطية)

اقسام العقود والتصرفات

للعقود والتصرفات باعتبار نوعها أقسام . وباعتبار وصفها أقسام .
وباعتبار صيغتها أقسام . واليك بيان كل

(١) أقسام العقود والتصرفات باعتبار نوعها

تنقسم العقود والتصرفات باعتبار نوعها الى سبعة أقسام وهي :

أولاً - المعاوضات : سواء كانت معاوضة مال بمال أم مال بمنفعة والأُمثلة ظاهرة . أم مال بغير مال بل بحق من الحقوق كالزواج والخلع فان المهر في الزواج مقابل بحق الاستمتاع بالزوجة واختصاص الزوج بها . وبذل الخلع مقابل بافتداء العصمة وإطلاق حرية الزوجة بعد التقيد بمشيئة الزوج

ثانياً - التبرعات : كالهبة والوصية والوقف والإعارة والإبراء
ثالثاً - ما يكون تبرعاً في الابتداء ومعارضة في الانتهاء : كالقرض . والكفالة بأمر المكفول عنه . والحوالة بأمر المحيل اذا كان المحال عليه غير مدين

رابعاً - الالتزامات : كالحوالة . والكفالة . وحفظ الودائع
خامساً - الإطلاقات : كالأعارة . والوكالة . والمضاربة . والقضاء . والطلاق . والإيضاء . والاذن للصبي المميز ومن يلحق به بالتجارة .
سادساً - التقييدات : كعزل الوكيل . والقاضي . والحجر على الصبي المأذون ومن في حكمه

سابعاً - الإسقاطات : كالوقف . والطلاق . والإبراء . وتسليم الشفعة بعد ثبوتها . ومما ذكر يعلم أن للعقود والتصرفات أكثر من اعتبار واحد فقد اعتبرنا الطلاق إطلافاً وإسقاطاً . واعتبرنا الوقف والإبراء تبرعاً وإسقاطاً

(٢) أقسام العقود والتصرفات باعتبار وصفها

تنقسم العقود والتصرفات باعتبار وصفها الى قسمين : عقود

صحيحة . وعقود غير صحيحة . وتنقسم العقود والتصرفات الصحيحة الى ثلاثة أقسام : موقوفة . نافذة غير لازمة . و نافذة لازمة . وقد يكون العقد نافذا لازما من جهة أحد المتعاقدين و نافذا غير لازم من جهة الآخر - وتنقسم العقود والتصرفات غير الصحيحة الى قسمين : عقود وتصرفات باطلة . وعقود وتصرفات فاسدة .

بيان العقود والتصرفات الصحيحة وأحكامها

(١) العقود والتصرفات الموقوفة وحكمها

العقود والتصرفات الموقوفة هي التي تصدر من واحد من المحجور عليهم السابق بيانهم أو من الفضولي أو هي التي يكون فيها محل العقد رهونا أو مستأجرا وحكمها أنه لا يظهر أثرها في الموقوف عليه الا بعد اجازتها اجازة معتبرة شرعاً ممن له حق الاجازة . ومعنى كون هذه العقود موقوفة أنها لا توصف بنفاذ ولا ببطالان الا بعد الاجازة أو الفسخ ممن له الشأن في ذلك

وقال الامام الشافعي ان عقد الفضولي باطل لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية وهي الملك أو الاذن فصار الموقوف عليه بالنسبة له معدوما وبيع المعدوم باطل

واستدل الامام أبو حنيفة وأصحابه ومن وافقهم كالامام مالك على انعقاد بيع الفضولي صحيحا موقوفا على الاجازة بما روى من أن

النبي صلى الله عليه وسلم أعطى حكيم بن حزام ديناراً ليشتري به أضحيةً فاشتري شاةً ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاةً بدينار وجاء بالشاة والدينار لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له بارك الله لك في صفقتك فأما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به - ولو كان تصرفه الذي لم يؤذن فيه وهو بيع الشاة وشراء غيرها باطلا لما أقره النبي صلى الله عليه وسلم لأنه المشرع والمبين للصحيح وغيره من الأحكام

(ب) حكم العقود والتصرفات النافذة غير اللازمة

حكم العقود والتصرفات الصحيحة النافذة غير اللازمة من الجانبين وهي ما كان فيها الخيار لكل من المتعاقدين ان كانت من عقود المعاوضات وما كانت من عقود التبرعات أنها لا يلتزم بها أحد من المتعاقدين ويجوز لكل منهما فسخها ولو بدون رضا الآخر. وحكم جميع عقود التبرعات أن المعقود عليه فيها لا يملك الا بالقبض التام ولا تصح الا من تام الأهلية فان كانت غير لازمة من جهة أحد المتعاقدين ولازمة من جهة الآخر فلا يلتزم الأول بشيء مما يترتب على العقد ويجوز له فسخه ولو لم يرض الآخر ويلزم الثاني بكل ما يترتب عليه ومثال هذه العقود الكفالة والرهن فانهما لازمان من جهة الكفيل والراهن وغير لازمين من جهة المكفول له والمرتهن

(ج) حكم العقود والتصرفات اللازمة من الجانبين

حكم العقود والتصرفات اللازمة من الجانبين وهي الواردة على

الأعيان المالية أو على منافعها بعوض مع استيفائها جميع الشرائط أنه يلتزم كل من المتعاقدين بما تعهد به للآخر ولا يجوز لأحدهما فسخ العقد بدون رضا الآخر ويترتب عليه ثبوت الملك في البديلين لكل من المتعاقدين فإن كان بيعاً التزم كل واحد بتسليم ماعنده للآخر وإن كان اجارة التزم مالك العين أو النائب عن مالكها بتسليمها للمستأجر والتزم المستأجر بتسليم ما وجب من الأجرة لمن تعاقد معه

بيان العقود والتصرفات غير الصحيحة

وحكمها

(١) العقود والتصرفات الباطلة وحكمها

الباطل من العقود والتصرفات هو ما ليس مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه ومعنى كونه غير مشروع بأصله أنه فقد شيئاً مما يتحقق به ومعنى كونه غير مشروع بوصفه أنه بعد انعقاده فقد شيئاً مما لا يصير صحيحاً إلا به وكل عقد لا يكون مشروعاً بأصله لا يكون مشروعاً بوصفه ولا عكس لأن غير المنعقد لا يكون صحيحاً وقد يكون غير الصحيح منعقداً كالبيع الفاسد فإنه منعقد وغير صحيح . وبعبارة أخرى الباطل هو ما حصل خلل في ركنه أو في محله .

فالخلل الذي يحصل في الركن أي الصيغة هو أن يكون أحد العاقدين فاقد أهلية التصرف . أو يخالف القبول الإيجاب مخالفة مضرّة ، أو يختلف مجلس العقد

والخلل الذى يحصل فى المحل أى العقود عليه هو ألا يقبل حكم العقد بأن كان معدوماً إلا باستثناء الفقهاء من بيع السلم . والاستقرار . وما تتلاحق آحاده . وسيأتى بيانها فى كتاب البيع ان شاء الله تعالى . أو كان موجوداً ولكنه ليس بمال أصلاً كالميتة . أو كان مالا ولكنه غير مقوم كالخمر والخنزير أو مالا متقوماً ولكنه غير مملوك فى نفسه كالطير فى الهواء والسمك فى البحر وعلى العموم ففى انعدام شرط من شروط انعقاد أى عقد كان باطلاً وشروط انعقاد أى عقد وغيرها من الشروط الخاصة بعقد دون عقد معينة ضمن مباحث العقود المعينة

وحكم العقد الباطل أنه لا يترتب عليه شئ أصلاً فان كان بيعاً فلا يملك المشتري المبيع ولا البائع الثمن ولو قبضه كل منهما برضا الآخر ويجب على كل واحد أن يرد ما أخذه الى صاحبه ان كان موجوداً فان أهلكه من أخذه ضمنه يمثله ان كان مثلياً وبقيته يوم قبضه ان كان قيمياً . أما اذا هلك بدون تعدٍ ففيه خلاف بين الامام وصاحبيه فالامام يقول بأنه لاضمان فيه على من هلك عنده لأنه أمانة فى يده ودليله على ذلك أن العقد لما بطل لم يبق الا مجرد القبض بالاذن فصار الشئ كالوديعة وهى أمانة لا تضمن الا اذا هلكت بالتعدى . والصاحبان يقولان بأنه يضمنه بما ذكر من المثل أو القيمة . واستدل على ذلك بأنه مقبوض على أنه مملوك لتقابضه والأمانة تقبض على ملك صاحبها . وكلا القولين صحيح فيرجح القاضى ما يراه موافقاً . هذا كله اذا هلك بأفة سامة أو بفعل المبيع بأن يكون حيواناً اختنق برسنه فان هلك بفعل أجنبى فعلى رأى الامام يضمنه البائع قيمته يوم الهلاك ان كان قيمياً ومثله ان كان

مثليا وعلى رأيهما يضمن البائع المشتري ذلك يوم القبض وهو يرجع على الأجنبي بما ضمن أو يضمن الأجنبي ما ذكر يوم الهلاك ولا يرجع على أحد بشيء - ومن العقود الباطلة عقود الهازل التي تحتل الفسخ على أصح الأقوال لعدم القصد قياسا على عتد الصبي الذي لا يعقل والمجنون أما العقود التي لا تحتل الفسخ فتقع صحيحة ولا يبطلها الهزل لقوله عليه الصلاة والسلام (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعقاق)

(ب) العقود والتصرفات الفاسدة وحكمها

الفاسد من العقود والتصرفات ما كان مشروعا بأصله دون وصفه وبعبارة أخرى هو ما لم يحصل خلل في ركنه ولا في محله ولكن حصل خلل في أوصافه. ومثال الخلل الذي يحصل في أوصاف العقد جهالة المبيع أو الثمن أو مدة الأجل أو مدة خيار الشرط جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع . أو عدم القدرة على التسليم . أو خلل العقد من الفائدة. أو كانت فائدته غير مقصودة شرعا . أو اقترانه بشرط فاسد وسيأتى بيانه في

مبحث اقتران العقد بالشرط

وحكم العقد الفاسد أنه لا يفيد الملك الا بالقبض التام وهو ما كان بالرضا صراحة أو دلالة ولكن هذا الملك الذي يستفاد بالقبض يعتبر ملكا خبيثا ويجب على كل من المتعاقدين فسخ العقد ورد ما أخذه ان كان موجودا وكان الرد ممكنا فان لم يكن موجودا بأن هلك عند المشتري بفعله أو بآفة سماوية. أو حصل فيه ما يمنع الرد بأن زاد عنده

زيادة متصلة . أو تعلق به حق الغير بأن باعه أو وهبه وسامه أو أوصى به وتنفذ الوصية ضمنه المشتري بمثله ان كان مثليا وبقيمته يوم قبضه ان كان قيميا . وعلى القاضي اذا علم بفساد العقد أن يفسخه جبرا على المتعاقدين ازالة للمنكر شرعا ما دام الفسخ ممكنا

(٣) — أقسام العقود والتصرفات باعتبار صيغتها

قبل التكلم على هذه الأقسام نبين ما هي الصيغة وماذا يكون الحكم اذا لم تدل على ما يقصده المتعاقدان بالتعاقد فنقول :
صيغة كل عقد هي الأقوال الدالة عليه أو ما يقوم مقامها من الكتابة عند تفرق المتعاقدين . أو الإشارة المعروفة للأخرس . أو التعاطي وهو الأخذ والاعطاء بدون كلام

ومتى كان المقصود من العقد مستفادا من الصيغة فالأمر ظاهر . وان كان غير مستفاد منه بأن قال شخص لآخر أعرتك هذا الأردب القمح مدة شهر وقال الآخر قبلت فلا يلتفت الى قول الموجب أعرتك بل يعتبر المعنى المقصود من العقد ويعطى له الحكم الذي يناسبه . ولكون الانتفاع بالأردب القمح لا يتصور الا باستهلاكه اعتبر العقد عقد قرض لا عارية لأن العارية هي التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها والقرض ليس كذلك . وان قال شخص لآخر أقرضتك هذه الدابة تركها يوما فقال قبلت يعتبر العقد عقد عارية لا عقد قرض . وهذا متفرع على قاعدة (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني غالبا) وفرعوا على ذلك أيضا قولهم ان الكفالة بشرط براءة ذمة المدين

حوالة . والحوالة بشرط عدم براءة المدين كفالة . وبيع الوفاء رهن .
ومن غير الغالب تكون العبارة بالألفاظ كالبيع بدون ثمن فلا يعتبر هبة
بل يعتبر بيعا باطلا ان نص في العقد على نفى الثمن وبيعا فاسدا ان
سكت عن الثمن ومثله الاجارة

وتنقسم العقود والتصرفات باعتبار صيغتها الى أربعة أقسام :
منجزة . ومعلقة على الشرط . ومقترنة بالشرط . ومضافة الى الزمن المستقبل

(أ) العقود والتصرفات المنجزة

العقود والتصرفات المنجزة هي التي صدرت بصيغة مطلقة أى
غير مقيدة بشرط ولا معلقة عليه ولا مضافة الى الزمن المستقبل وذلك
كقول البائع للمشتري بعثك هذا الشيء بكذا فيقول المشتري قبلت
وحكم العقود والتصرفات المنجزة أنها تنعقد في الحال ويترتب
عليها أثرها . ويجب أن يكون العقد منجزا متى كان واردا على ما يمكن
تمليكه في الحال والقاعدة العامة لذلك أن كل ما يمكن تملكه في الحال
لا يصح تعليقه على الشرط ولا اضافته الى الزمن المستقبل كالبيع والهبة
والزواج وقسمة الأعيان

(ب) العقود والتصرفات المعلقة على الشرط

المعلق على الشرط من العقود والتصرفات هو ما جعل حصوله
مترتبا على حصول شيء آخر بأداة من أدوات الشرط
والتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة
أخرى باحدى الأدوات الشرطية فمثلا لو قال شخص لا آخر ان لم

يؤد فلان لك الدين الذى عليه فى يوم كذا فأنا كفيل به فقال الآخر قبلت كان عقد الكفالة هذا معلقا أى أنه يتأخر انعقاد العقد سببا فى حصول الكفالة الى وجود المعلق عليه وهو فى هذا المثال عدم دفع الدين فى اليوم المعين . وبناء على ذلك لا يطالب الكفيل بشىء الا بعد عدم الدفع فى اليوم المحدد له

وكل عقد معلق يجب أن يشتمل على جمانين الأولى منهما تسمى فعل الشرط أو المعلق عليه والثانية تسمى جواب الشرط أو المعلق ، والمعلق عليه إما أن يكون حاصلًا بالفعل أو غير حاصل وهذا الأخير إما أن يكون مستحيل الحصول وإما أن يكون واجب الحصول فى المستقبل عادة أو ممكن الحصول فيه أى أنه وقت التعليق معدوم يجوز حصوله فى المستقبل وعدم حصوله . فمثال التعليق على الحاصل بالفعل أن تقول ان لم يكن أبى قد ضمن فلانا فأنا ضامن له فيقول الدائن قبلت ويتبين أن أباه لم يكن ضامنا هذا الشخص . وحكم هذا العقد ومماثلة أنه يقع صحيحا ويلغو التعليق لأنه صورى والعقد منجز يترتب عليه أثره فى الحال ويشترط فى صحة التعليق على ما هو حاصل بالفعل أن يكون المعلق عليه مما يقبل الامتداد كما فى المثال السابق وكالجلوس والاضطجاع حتى يمكن حصول الصيغة فى زمنه فان كان مما لا يقبل الامتداد كالتعليق على دخول الدار أو الخروج منها وقت حصول كل منهما فلا يكون منجزا بل معلقا على دخول أو خروج آخر لأن الزمن الذى يدخل فيه الدار أو يخرج فيه منها لا يسع صيغة العقد اذ الدخول عبارة عن الانفصال من الخارج الى الداخل والخروج عكسه وزمن

كل منهما قصير جدا . ومثال التعليق على المستحيل أن يقول شخص
آخر إذا شاب الغراب فقد ضمنت لك ما على فلان فيقول الآخر
قبلت . وحكم هذا العقد وما مثله أنه باطل لا يترتب عليه شيء أصلا
لأن الغرض من التعليق على المستحيل انما هو تأكيد نفى العقد المعلق -
ومثال التعليق على ما هو واجب الحصول أو جائزه في المستقبل أن
يقول شخص آخر إذا أشرقت الشمس أو أمطرت السماء غدا فقد
أجرتك أرضي أو وكلتك في تأجيرها فيقول الآخر قبلت وحكم هذا
التعليق يختلف باختلاف أنواع العقود

وذلك أن العقود والتصرفات بالنسبة لقابليتها للتعليق وعدم قابليتها
على ثلاثة أقسام

الأول - ما لا يصح تعليقه على الشرط مطلقا أي سواء كان الشرط
ملائما للعقد أم غير ملائم له ويشمل هذا القسم ما يأتي (١) مبادلة المال
بالمال . أو المال بالمنفعة . أو المال بغير المال (٢) التبرعات سواء كانت
تبرعات في الابتداء والانهاء أم تبرعات في الابتداء ومعاوضات في
الانهاء (٣) التقييدات (٤) الرهن والاقالة وهي رفع العقد اللازم بالتراضي
الثاني - ما يصح تعليقه على الشرط مطلقا أي سواء كان الشرط
ملائما أم غير ملائم ويشمل ما يأتي (١) الاسقاطات المحضة كالطلاق .
وتسليم الشفعة . أما الاسقاطات التي فيها شبهة بالتمليكات كالوقف
والابراء من الدين فلا يصح تعليقه على الشرط (٢) الالتزامات التي
يخلف بها كالحج والصلاد والصوم (٣) الوكالة والقضاء والايضاء أي
اقامة الوصى (من عقود الاطلاقات) . ثم ان كان الشرط ملائما ومناسبا

للعقد كان معتبراً ووجب العمل به وإذا كان غير ملائم بطل الشرط
وصح العقد

الثالث - ما يصح تعليقه على الشرط الملائم فقط ويشمل ما يأتي :
(١) الالتزامات التي لا يخلف بها كالحالة والكفالة (٢) ما بقي من
الاطلاقات وهو الاذن للصبي بالتجارة . فان كان الشرط المعلق عليه
غير ملائم فسد العقد

والقاعدة العامة لجميع ما ذكر أن كل ما يمكن تعليقه في الحال
لا يصح تعليقه على الشرط ولا اضافته الى الزمن المستقبل
ومما تقدم يتضح أن التعليق على الشرط لا يكون صحيحاً معتبراً
الا اذا كان العقد مما يصح تعليقه على الشرط وكان المعلق عليه أمراً مستقبلاً
سواء كان واجب الحصول أم جائزه . فان كان العقد مما لا يصح تعليقه
على الشرط ينظر فان كان المعلق عليه حاصلاً بالفعل اعتبر صحيحاً
والتعاقب صحيحاً . وان كان مستحيل الحصول كان العقد باطلاً . وان
كان واجب الحصول أو جائزه كان فاسداً

(ج) العقود والتصرفات المقترنة بالشرط

الشرط ما كان خارجاً عن ماهية الشيء وحقيقته ولكن يتوقف
عليه وجود المشروط والغرض من الايمان به الزام أحد العاقدين الآخر
بشيء والزام هذا الآخر به والمُلْزَمُ هو المشترط والمُلْزَمُ هو قابل العمل
بمقتضى الشرط . والشرط ثلاثة أقسام

الأول - الشرط الصحيح وهو أربعة أنواع

(١) ما يقتضيه العقد أى ما يدل عليه ولو لم يذكر فيه كاشتراط تسليم المبيع واستلام الثمن . أو الاتفاق على الزوجة
(٢) ما يلائم العقد ويؤكد موجبه كاشتراط أخذ رهن أو كفيل
بالثمن حتى يؤديه

(٣) ما ورد به الشرع كشرط الخيار . وشرط تأجيل الثمن
أو تقسيطه

(٤) ما جرى به العرف كاشتراط اصلاح الساعة المبيعة سنة أو
اصلاح الملابس المشتراة حتى تكون بشكل مخصوص
الثاني - الشرط الفاسد وهو الذى لا يقتضيه العقد . ولا يلائمه
ولم يرد به الشرع . ولا جرى به العرف وفيه نفع لأحد المتعاقدين أو
لأدنى غيرهما كاشتراط البائع أن ينتفع بالمبيع سنة . وقال الامام مالك
بصحّة هذا العقد والشرط وتعتبر المنفعة جزءا من الثمن وهو ظاهر

الثالث - الشرط الباطل أو اللغو وهو الذى لا يقتضيه العقد
ولا يلائمه ولم يرد به الشرع ولا جرى به العرف ولا نفع فيه لأحد من
المتعاقدين أو من غيرهما كأن يشترط البائع عدم انتفاع المشتري بالمبيع
أو انتفاعه به

والمقترن بالشرط من العقود هو ما حصل أولا منجزا ثم أتبع
بشرط يلزم به أحد المتعاقدين زيادة عن البذل
وحكم العقود والتصرفات المقترنة بأحد هذه الشروط يختلف
باختلافها وباختلاف الشرط المقترن به . وذلك أن العقود إما أن تكون
واردة على الأعيان المالية أو على منافعها . وإما أن تكون واردة على غيرها

فان كانت واردة على الأعيان المالية كالبيع والقسمة والصلح عن مال بمال . أو على منافعها كالأجارة والمزارعة والمساقاة واقرنت بشرط يكون حكمه كما يأتي :

(١) - اذا كان الشرط الذي اقرنت به صحيحا صححت هي والشرط ووجب العمل بهما

(٢) - اذا كان الشرط فاسدا فسدت

(٣) - اذا كان باطلا صح العقد ولغا الشرط

وان كانت واردة على غير ما ذكر واقرنت بالشرط أيا كان نوعه وقعت صحيحة . ثم ان كان الشرط صحيحا ووجب العمل به وان كان فاسداً أو باطلا صح العقد ولغا الشرط

(د) العقود والتصرفات المضافة الى الزمن المستقبل

العقود والتصرفات المضافة الى الزمن المستقبل هي التي لم يقصد حصول حكمها في الحال بل قصد حصوله عند مجيء الزمن المضافة اليه . كما اذا قال شخص لآخر أجرتك دارى سنة من أول السنة الهجرية المقبلة . وقال المستأجر قبلت فان هذه الاجارة تنعقد سببا في الحال للمالك المستأجر المنفعة والمؤجر الأجرة المعينة . ولكن لا يترتب عليه حكمه وهو الانتفاع بالفعل واستلام الأجرة في الحال بل يترتب حكمه من ابتداء السنة المذكورة

والاضافة هي عبارة عن جعل سبب العقد مفضيا الى حكمه وقت حلول الزمن المضاف اليه

والعقود من جهة صحة اضافتها الى الزمن المستقبل وعدم صحتها على ثلاثة أقسام :

- (١) ما لا يصح اضافته الى الزمن المستقبل مطلقا وهو كل ما يمكن تملكه في الحال السابق بيانه في التعليق على الشرط
- (٢) ما يصح أن يكون منجزا أو أن يكون مضافا الى الزمن المستقبل كالأجارة والعارية وجميع العقود والتصرفات التي من قبيل الالتزامات والاستقاطات والاطلاقات ماعدا الايصاء
- (٣) ما لا يصح الا مضافا كالوصية والايصاء

أقسام العقود والتصرفات قانونا

يؤخذ من مواد القانون المدني من ابتداء مادة (٩٦) الى نهاية التعهدات والالتزامات أن للعقود أقساما كثيرة منها ما ورد صريحا بكثرة تداوله بين الناس في معاملاتهم ومنها ما ذكره شارح القانون بما يؤخذ ضمنا من مجموع مباحث القانون . الا أن القانون وشرحه عبرا عن العقود والتصرفات بالتعهدات والالتزامات وسنورد الأقسام على حسب تعبيرهما . فالتى وردت صراحة من أقسام التعهدات والالتزامات ستة وهى :

- (١) التعهدات التخيرية (٢) التعهدات البديلية (٣) التعهدات الأجلية
- (٤) التعهدات الشرطية (٥) التعهدات التضامنية (٦) التعهدات المنقسمة وغير المنقسمة

والتي ذكرها الشرح زيادة على ذلك أربعة وهى : (١) التعهدات المتبادلة والتي من طريف واحد (٢) التعهدات المحققة . والتعهدات الاحتمالية (٣) التعهدات

الأصلية . والتعهدات التابعة (٤) التعهدات المعينة . والتعهدات غير المعينة
واليك بيان كل باختصار

(١) الأقسام المصرح بها في القانون

(١) التعهدات التخيرية

التعهدات التخيرية مذكورة بالمواد (٩٦ و ٩٧ و ٩٩ و ١٠٠) ونظير هذا
المبحث في الشريعة الغراء هو خيار التعيين المذكور ضمن مباحث كتاب البيع
ويؤخذ من هذا العنوان أن هذه التعهدات يكون فيها المعقود عليه واحدا
لا بعينه من أشياء متعددة يرد العقد عليها

ويؤخذ من المادة (٩٦) أن خيار التعيين يكون للمتعهد ما لم يرد نص صريح
في التعهد أو القانون يقضى بجعله للمتعهد له أو لغيره كأف يقول شخص بعثك
أحد هذه الجمال الثلاثة على أن يكون ثمن أكبرها ثلاثين جنيتها وثمان أوسطها عشرين
جنيتها وثمان أصغرها خمسة عشر جنيتها فيقول المشتري قبلت فحينئذ يكون حق
تعيين أحدها للبائع كما إذا اشترط الخيار لنفسه فإن قال البائع للمشتري ولك الخيار
في تعيين أحدها وقبل المشتري كان الخيار له

ويؤخذ من مادة (٩٧) التي نصها « إذا صارت إحدى الكيفيات المعينة
للتنفيذ لا يمكن الحصول عليها فيكون قاصرا على الكيفية الممكن تنفيذ التعهد بها »
أنه إذا كان خيار التعيين للمتعهد وهلك أحد الشئتين في يده بدون تعديه أو لم يبق
من محل العقد الا واحد فهلاكه على المتعهد والزم باعطاء الذي لم يهلك للمتعهد
له . وجاء في الشرح أنه إذا هلك الجميع بدون تعد انفسخ العقد لاستحالة
التنفيذ . وأنه إذا أهلك المتعهد بعضها تعديا فعليه تبعته وألزم بالثاني . وإذا
أهلك الجميع تعديا أو هلكت بسبب تقصيره وإهماله ألزم بقيمة الأخير لأن التعهد
صالح مقصورا عليه . وإذا هلك البعض بتقصيره والبعض بدون تقصيره وكان

تقصيره حاصلًا في هلاك الأخير فعليه قيمته . وإن كان تقصيره فيما هلك أولاً فلا شيء عليه لأن حق المتعهد له قد أصبح قاصراً على الشيء الباقي فإذا هلك بقوة قاهرة فلا شيء على المتعهد - هذا كله إذا كان الهلاك بالتعاقب . أما حكم ما إذا هلك الجميع بتعدي المتعهد دفعة واحدة أو لم يعلم ما هلك أولاً . كما إذا هدم المكنان الذي فيه الأشياء المعقود عليها أو أحرقه فهلكت جميعها فلم يتعرض له القانون ولا شرخه والظاهر أنه يضمن نصف قيمة الشيئين فإن كان التعهد وارداً على أكثر من ذلك كان الضمان من كل واحد بنسبة عدد ما تعهد به فإن كان ثلاثة أشياء ضمن ثلث قيمة كل واحد وإن كان أربعة ضمن ربه وهكذا كما لم يتعرضوا لحكم ما إذا تعيب الجميع دفعة واحدة أو متعاقباً - ويؤخذ أيضاً من المادة المذكورة أنه إذا كان من ضمن الأشياء مالا يجوز التعاقد عليه بطل التعهد بالنسبة له وصح في غيره وإن لم يبق الا واحد بطل خيار التعيين ووجب تسليمه للمتعهد له لصيرورة العقد بسيطاً . (هذا ليس على إطلاقه في الشريعة الغراء بل فيه تفصيل يذكر في البيع الباطل)

ويؤخذ من مادة (٩٩) أنه إذا كان الخيار للمتعهد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بأن هلك أحد الشيئين وبقي الآخر كان الخيار للمتعهد له بين أخذ الباقي لأنه هو الممكن الوفاء به وبين طلب التعويض المترتب على عدم الوفاء بالطريق الآخر . وما قيل في حالة وجود مالا يضح التعاقد عليه حينما يكون الخيار للمتعهد يقال هنا

ويؤخذ من مادة (١٠٠) أنه إذا كان الخيار للمتعهد له أيضاً وصار الطريقان المعينان للوفاء غير ممكنين بتقصير المتعهد فحق الخيار للمتعهد له لم يزل باقياً بين التعويضين المعينين لعدم الوفاء . وقال في الشرح انه إذا هلك الكل بقوة قاهرة انفسخ العقد لاستحالة التنفيذ . وإذا هلك الأخير فقط بتقصيره والباقي بقوة قاهرة فعلى المتعهد دفع قيمة الأخير وإذا هلك الأول بتقصيره والباقي بقوة قاهرة كان الخيار للمتعهد له في أخذ قيمة الأول أو الثاني لأن حق المتعهد له في

الخيار لم يسقط الا بسبب تقصير الملتزم ولولا تقصيره لبقى الشيء الأول .
وهذه الأحكام تخالف في بعض صورها أحكام الشريعة انغراء لأن هلاك الشئين
أو الأشياء تحت يد البائع سواء كان بتعديه وتقصيره أم بدون تعد ولا تقصير يبطل
العقد ان هلك الجميع ولا يجعل للمشتري أى حق قبل البائع الا حق استرداد الثمن
ان كان أداه ولو كان الخيار له . وستأتى أحكام ذلك شرعا في خيار التعيين

(٢) التعهدات البديلية

يؤخذ حكم التعهدات البديلية من المادة (٩٨) وهى التى يكون موضوعها شيئا
واحدا مقرر حكمه فى القانون أو متفقا عليه بين المتعاقدين وهذا الشيء يكون
جزءا للمتعهد عند عدم وفائه بشيء متعهد به فى الأصل وحكمها أن الخيار يكون
للمتعهد له فى طلب وفاء التعهد الأصيل أو التعهد الجزائى بعد تكليف المتعهد
بالوفاء تكليفا رسميا وينبنى على ذلك ما يأتى

(١) اذا تعهد شخص بأمر وشرط أنه ان لم يقم به يدفع كذا جزءا فالتعهد
له مخير بين طلب الوفاء بالتعهد الأصيل وبين طلب الجزاء بعد تكليف المتعهد
بالوفاء تكليفا رسميا (القضاء سنة ٢ صفحة ١٣)

(٢) الشرط الذى من شأنه أن يجعل كل الدين حالا اذا حصل تقصير فى دفع
قسط من الأقساط فى ميعاده المقرر يجب أن يعتبر شرطا فاسخا أى أن العقد ينفسخ
اذا كان أحد المتعاقدين لا يقوم بما تعهد به لا تعهدا جزائيا مشتملا على تعويضات
متفق عليها بصفة غرامة أو عقوبة يدفعها المدين اذا لم يقم بتنفيذ ما تعهد به أو
تأخر فيه . فبناء على ذلك يكون التكليف الرسمى الذى يأمر به القانون فى حالة
التعهد الجزائى غير واجب فى مثل هذه الحالة . ومع ذلك اذا رفع الدائن الدعوى
على المدين ليطالبه بجميع مبلغ الدين جاز للقاضى بحسب ما يراه من أحوال القضية
ومن دواعى العبدالة أن يبقى الدفع بالأقساط فى المواعيد المقررة على حالة اذا
لم ينشأ ضرر من ذلك للدائن . (المجموعة الرسمية سنة ٥ صفحة ١٩٥)

(٣) التعهدات الأجلية

التعهدات الأجلية مبينة بمادتي (١٠١ و ١٠٢) قال شارح القانون في تعريف الأجل : الأجل أمر مستقبلي محقق يتوقف عليه نفاذ التعهد أو سقوطه ويؤخذ من هذا التعريف أن الأجل قسمان : توقيفي وفاسخ

فالتوقيفي هو الأمر الذي يتوقف عليه استعمال الحق المؤجل . ويجب أن يكون الأجل معلوما علما تاما كما اذا اشترى انسان شيئا بثمن مؤجل الى آخر شهر ذى الحجة من هذا العام مثلا فان لم يكن معلوما بطل العقد ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للبائع مطالبة المشتري بالثمن الا عند حلول الأجل . واذا أداه قبله طائنا أنه قد حل الأجل فلا حق له في استرداده

والأجل الفاسخ — هو ما يترتب على حصوله انفساخ التعهد كما في المرتبات المقررة لأجل معين أو مدة الحياة . وحكمه بقاء التعهد نافذا الى أن يحل الوقت المعلوم ومتى حل انفسخ التعهد

وقد جاء بالمادة (١٠١) أنه يجوز للمتعهد الوفاء بالدين قبل حلول أجله الا اذا كان العقد يمنع ذلك لأن الأصل في الأجل أن ينتفع به المدين وقد ينتفع به الدائن كما اذا كان للدين فائدة فان الدائن يجوز له أن يمتنع عن قبول الدين المؤجل قبل حلول أجله

وجاء بالمادة (١٠٢) أن الأجل يسقط بأحد شيئين . أحدهما افلاس المتعهد . ثانيهما أن يفعل المتعهد ما يوجب ضعف التأمينات التي كانت محلا لوفاء التعهد . ومتى سقط الأجل وجب أداء الدين فورا . ولا يسقط الأجل بموت من هو له بخلاف الشريعة الغراء فان الأجل يسقط بموته لا بموت الدائن

ويترتب على هذه المادة من الأحكام : أنه اذا حصل تبديد أو ضياع في المنقولات يوجب ضعف التأمين على الايجار استحققت قيمة الايجار ولو لم يكن قد حل أجلها

وجاز للمؤجر المطالبة بذلك ومنع تبديد التأمين محافظة على حقه الامتيازى . وما يجوز للمؤجر فى الحالة المذكورة من المطالبة ومنع التبديد يجوز لضمان المستأجر الذى له الحق بأن يحل محله حتى ولو كانت اضاءة تأمين الايجار حاصلة من قبل المؤجر نفسه كأن يريد أن يستوفى بها دينه غير الايجار فانه يجوز حينئذ لضمان أن يمنع المؤجر عن عمله هذا الا اذا أبرأه من الضمان (الحقوق سنة ١١ صفحة ١٠٨)

(٤) التعهدات الشرطية

التعهدات الشرطية مبينة بالمواد (من ١٠٣ الى ١٠٦) ويؤخذ من مجموعها أن تعليق التعهدات على الشرط واقتربها بالشرط جائز مادام المعلق عليه غير مستحيل الحصول ومادام لم يصادر نصا قانونيا ولم يخالف النظام العام ولم يخل بالآداب العمومية على حسب التفصيل الآتى فى بيان الشرط غير الجائز والشرط أمر مستقبل غير محقق يترتب على وجوده أو عدم وجوده وجود التعهد أو منع وجوده أو تأييده أو زواله . وهو نوعان : توقيفى . وفاسخ . فالنوعى هو ما يتوقف لزوم التعهد على تحققه . والفاسخ ما يسقط بتحقيقه التعهد اللازم . وينقسم الشرط الى خمسة اقسام وهى :

(١) - الشرط الجائز والشرط غير الجائز . فالجائز ما أباحه القانون وهو كثير

وغير الجائز ما لم يبيحه القانون بأن كان مطلوبا به عمل شيء يخالف القانون أو يخل بالآداب العامة . أو مطلوبا به الامتناع عن أمر مأمور به فى القانون أو تدعو اليه الآداب ، ومن ذلك جميع ما نهى عنه قانون العقوبات . وما يتعلق بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب . وما يتعلق بالحرية والحياة والدين وما يتعلق بالتصرف فى الأموال الممنوع التصرف فيها منعاً كلياً دائماً كالوقف فلا يجوز التعليق على شيء منها . وحكم الشرط غير الجائز أنه اذا كان فى عقود التبرعات صح العقد وبطل الشرط عقاباً للمتبرع على تشجيعه للفاس على مخالفة

القانون والاخلال بالنظام والآداب . وإذا كان في عقود المعاوضات بطل العقد حتى لا يجرأ أحد على التعامل بما يخالف القانون أو يخل بالآداب أو النظام

(٢) — الشرط الموجب . والشرط السالب : فالموجب ما يطلب به فعل . والسالب ما يطلب به كف . ويشترط في الموجب أن يكون مباحا وممكنا . وفي السالب أن يكون غير مأمور به قانونا أو أن يكون مما لا تقضى به الآداب

(٣) — الشرط الممكن . وغير الممكن : فالممكن ما كان متعلقا بأمر مقدور للمتعهد . وغير الممكن ما كان متعلقا بأمر غير مقدور له . وحكم الأول أنه يصح ويجب العمل به ، وحكم الثاني أنه ان كان في عقود التبرعات صح العقد ولغا الشرط وان كان في عقود المعاوضات بطل العقد. اذا كان الشرط توقيفيا لأنه لا غرض للمشتري الا تأكيد نفي التعهد بتعليقه على غير الممكن كما اذا قال ان شاب الغراب فقد ضمنت لك ما على زيد من النقود فان كان الشرط فاسخا لغا الشرط لأنه لا يكون له أثر في العقد كما اذا قال اذا صاححت يد الجوزاء أسرد ما بعته لك فانه يفيد تأكيد بقاء التعهد

(٤) — الشرط الصريح . والشرط الضمني : فالصريح ما ذكر صراحة في التعهد . والضمني ما يؤخذ منه ضمنا . ولا يوجد هذا الشرط الا في التعهدات المتبادلة ولا يكون الا فاسخا

ومتى تحقق الشرط الصريح ترتب عليه أثره بدون حاجة الى اذار أو دعوى . وأما الشرط الضمني فلا يترتب عليه أثره وهو فسخ العقد ان لم يقم المتعهد بالوفاء به بل لا بد من طلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التمويض وللقاضي النظر في ذلك . وللمتعاقدين جعل هذا الشرط صريحا في العقد ولا يترتب عليه حينئذ أثره بمجرد عدم الوفاء بالتعهد عند تحقق الشرط الا اذا نص في العقد على ذلك والا لزم

الانذار قبل الطلب وجاز للمتعهد أن ينفي بالتعهد الى ما قبل الحكم
(٥) — الشرط الارادي . وهو الذي يعلق فيه التعهد على مجرد ارادة المتعهد كأن اردت بيع داري فقد بعته لك يكون العقد فيه باطلا . واذا علق التعهد على

ارادة المتعهد له أو غيره كقول البائع ان أردت شراء داري أو أراد المستأجر لهذا ذلك في ظرف كذا يوما فقد بعتهما لك كان العقد صحيحا والشرط جائزا . ومن الشروط الارادية الجائزة الشروط الخيارية كالتمتع بعمل أمر أو إعطاء شيء عند القدرة عليه مثلا . وكل ما ذكر انما هو في الشرط التوقيفي . أما الشرط الارادي الفاسخ فهو جائز دائما كاشتراط فسخ العقد اذا أراد المشتري أو البائع مثلا في ظرف كذا يوما ويختلف حكم التمهيدات الشرطية باختلاف الشرط وذلك أنه إما معلق . وإما متخلف . وإما متحقق

فان كان معلقا أي لا يزال المعلق عليه غير معروف ان كان يحصل أو لا يحصل فليس لأحد المتعاقدين حق قبل الآخر . ويكون التصرف في محل التمتع أثناء التعليق موقوفا على تحقق الشرط أو عدم تحققه ان كان الشرط توقيفيا . فان كان فاسخا فالعقد صحيح ويترتب عليه حكمه من حين العقد من التسليم والتسليم ولكل من المتعاقدين فائدة ما أخذه وله رهنه وترتيب الحقوق عليه . غير أن كل ذلك يكون تابعا للحق الأصلي فان تحقق الشرط وانفسخ العقد سقطت هذه الحقوق والتصرفات ووجب على كل من المتعاقدين رد ما أخذه للآخر بالحالة التي أخذه بها . فان كان الشيء قد هلك يكون هلاكه على من امتلكه بالعقد الا في البيع قبل التسليم فانه يهلك على البائع

وان كان الشرط متخلفا أي تحقق عدمه أو وجوده فحكمه أنه اذا كان توقيفيا يبطل العقد كما اذا قال شخص لآخر ان جاء فلان فقد بعتمك داري فأتضح أن فلانا هذا ميت . وان كان فاسخا صح العقد لزوال سبب الفسخ كان جاء فلان فقد فسخ العقد فعلم أنه قد مات

وان كان الشرط متحققا بأن حصل بجميع أجزائه على الكيفية التي لاحظها المتعاقدان أو بأن تعذر تحققه بفعل المتعهد يكون حكمه تأييد العقد ان كان الشرط توقيفيا . واسقاطه ان كان فاسخا . ويعتبر هذا الحكم من يوم العقد وجميع التصرفات تتبع العقد في التأييد والسقوط ولا يحتاج في ذلك الى حكم القاضي

ولا يجوز للمحكمة أن تصرف في الشرط بل عليها أن تقره وترتب عليه أثره متى ثبت تحققه
وقد جاء في شرح القانون أن هذه الأقسام مأخوذة من أحكام المحاكم وهي
لا تنافي ما ورد في القانون

(٥) التعهدات التضامنية

التعهدات التضامنية مبينة بالمواد (١٠٧ - ١١٥) ويؤخذ من المادة (١٠٧) حكم تضامن الدائنين ونصها (إذا تضمن التعهد التفويض من كل من التعهد لهم للباقي من استيفاء الشيء المتعهد به يكون كل منهم قائماً مقام الباقي في ذلك . وفي هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل)

وباقى المواد يؤخذ منها أحكام تضامن المدينين . فالمادة (١٠٨) يؤخذ منها أن التضامن لا يوجد إلا بنص في العقد وفي القانون فإذا تضامن المدينون تتبع في حقهم أحكام الكفالة والتوكيل . والمادة (١٠٩) جعلت للدائنين الحق في طلب الدين من جميع التضامنين دفعة واحدة أو من كل منهم منفردا إلا إذا كان دين بعضهم مؤجلا أو معاقا على شرط ، والمادة (١١٠) تتضمن سريان المطالبة الرسمية لأحد المدينين التضامنين على الآخرين . والمادة (١١١) تتضمن عدم جواز الزيادة على الدين من أحد التضامنين الملزمين به . والمادة (١١٢) تتضمن جواز تمسك كل واحد من التضامنين بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم . والمادة (١١٣) تتضمن عدم جواز الاحتجاج من أحد التضامنين بالمقاصة الحاصلة لغيره مع الدائن إلا إذا اتحدت الذمة بأن صار الواحد بصفى دائن ومدين في آن واحد بدین واحد فانه يجوز التمسك بهذا الاتحاد من كل منهم بقدر الحصة التي تخص شريكه في الدين . والمادة (١١٤) تتضمن أنه إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه التضامنين جاز للباقي أن يتمسك بهذا الإبراء بقدر حصة المبرأ فقط . والمادة (١١٥) تتضمن رجوع من أدى الدين من التضامنين على باقى المدينين بقدر حصصهم وتوزيع حصة المعسر منهم على جميع الموسرين

والتضامن الذي يحصل بنص القانون فقط بين المدينين وان لم يذكر ذلك ضراحة يكون في الأشياء الآتية : (١) الالتزامات الناشئة عن الجرائم (٢) تحويل السكبيالات (٣) شركات التضامن (٤) شركات التوصية (٥) مسائل التهريب (٦) عوائد الاملاك (٧) ماهو مبين في مادتي (١٥٠ و ١٥١ مدني) من التعهدات المترتبة على الأفعال

(٦) التعهدات المنقسمة وغير المنقسمة

التعهدات المنقسمة هي التي يكون محلها قابلا للتجزئة . وغير المنقسمة هي التي لا يقبل محلها ذلك . وهذه العقود مبنية بالمواد (من ١١٦ الى ١٢٧) وتضمن هذه المواد أنه اذا كان الوفاء غير قابل للانقسام بالنسبة لحالة الأشياء المتعهد بها كالدار والحاوت والعربة . أو بالنسبة للغرض المقصود من التعهد كالتعهد بالضمان كان كل واحد ملزما بأداء الكل وله الرجوع على من معه . وأنه اذا كان الملتزم بما لا ينقسم واحدا وامتنع من أدائه كله كان الدائن مخيرا بين فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، وبين أخذ التضمينات عن الجزء الذي لم يقم بأدائه ، كما يجوز أن يحصل من المحكمة على إذن بفعل ما تعهد به المدين أو بإزالة ما فعله مخالفا لتعهد مع الزامه بالمصاريف وهذا وذاك مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال

واذا كان التعهد به معيئا ومملوكا للتعهد وليس لأحد حق عيني عليه جاز للتعهد له وضع يده عليه . ولا تستحق التضمينات المترتبة على التأخير أو عدم الوفاء زيادة على رد ما أخذه التعهد الا اذا كان التأخير أو عدم الوفاء بسبب تقصير التعهد وبعد تكليفه بالوفاء رسميا . والتضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من المكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئا مباشرة عن عدم الوفاء ومع ذلك اذا كان عدم الوفاء ليس ناشئا عن تدليس من المدين فلا يكون ملزما الا بما كان متوقعا الحصول عقلا وقت العقد . واذا كان مقدار التضمين مذكورا في العقد حكم به فقط .

واعتبر القانون الفائدة في المواد المدنية عن المبالغ خمسة في المائة وفي المواد التجارية

سبعة في المائة ولا يجوز زيادتها عن تسعة في المائة ولا تعتبر فائدة الفائدة الا اذا كانت متجمدة عن سنة كاملة . ويجوز في الأحوال التجارية أن تختلف الفوائد حسب اختلاف أسعار الجهات وأن تنضم الفوائد المتجمدة للأصل في الحسابات الجارية بحسب العوائد التجارية

(ب) أقسام التعهدات التي زادها الشرح

(١) التعهدات المتبادلة والتي من طرف واحد

التعهدات المتبادلة والتي من طرف واحد هي عقود المعاوضات وعقود التبرعات المبنية في أقسام العقود والتصرفات شرعا باعتبار نوعها بلا فرق بينهما . وعقود المعاوضات تختلف عقود التبرعات في أشياء منها : أن شرط الفسخ ضمنى في عقود المعاوضات الا اذا نص على خلاف ذلك . وأنها توصف بكونها تجارية ، وأن الخطأ في شخص المتعاقد لا يؤثر على العقد . وأن المتعهد مسئول عن تقصيره ، وليست كذلك عقود التبرعات

(٢) التعهدات المحققة والاحتمالية

التعهدات المحققة هي ما تتساوى فيها المنافع عادة كالمعاوضات المعروفة . والاحتمالية ما لا يمكن فيها معرفة النسبة بين قيمتي التعهدين كما اذا باع شخص لآخر مائة فدان في نظير أخذ مبلغ معلوم كآلف جنيه سنويا مادام البائع موجودا فانه في هذه الصورة لا يعلم كم يأخذ البائع من النقود ثمنا لأرضه تبعا لعدم العلم بمقدار المدة التي يعيشها

(٣) التعهدات الأصلية والتابعة

التعهدات الأصلية هي ما ثبتت أصالة في الذمة ، والتابعة مالا تقوم الا بغيرها كالهن والكفالة . والفرق بين الأصلية والتابعة أن الأولى اذا سقطت سقطت الثانية بالتبعية لها ولا عكس

التعهدات المعينة وغير المعينة

التعهدات المعينة هي التي لها اسم معروف . وغير المعينة هي التي لا يعرف لها اسم كمن تعاقد مع آخر على أن يدلّه على حق له لا يعرفه عند انسان او في مكان مجهول في نظير أخذ جزء مما يظهره . والقانون يلحق مثل هذه العقود بنظرها ويعطيها حكمها

انواع الخيارات

الخيار معناه شرعاً طلب خير الأمرين امضاء العقد أو فسخه . وأنواعها كثيرة وهي :

(١) - خيار الشرط . وهو أن يشترط المتعاقدان أو أحدهما أنه يجوز له امضاء العقد أو فسخه في زمن معين وسيأتي بيانه
(٢) - خيار الرؤية وهو جواز رد المشتري المبيع الذي لم يره أو أخذه

(٣) - خيار العيب وهو جواز رد المبيع المعيب بعيب قديم اذا لم يكن رآه قبل استلامه . أو أخذه بكل الثمن حسب التفصيل الآتي
(٤) - خيار التعيين ويثبت للبائع أو للمشتري اذا بيع أحد شيئين أو ثلاثة أشياء بدون تعيين له وقت العقد وجعل حق التعيين لأحدهما في مدة ثلاثة أيام

(٥) - خيار الغبن الفاحش وهو أن يكون المغبون الحق في فسخ العقد أو امضائه على التفصيل السابق

- (٦) خيار النقد وهو أن يشترط البائع على المشتري أنه إن لم ينقده الثمن في ثلاثة أيام يكون له الحق في فسخ العقد أو امضائه
- (٧) - خيار الكمية ويثبت للمشتري أو البائع إذا اشترى أو باع ما كاله أو وزنه أو ذرعه بشيء غير معلوم المقدار
- (٨) - خيار الاستحقاق ويثبت للمشتري إذا استحق بعض المبيع. أي أنه يكون له الحق في أخذ الباقي بما يقابله من الثمن أو تركه على حسب التفصيل الآتي في كتاب البيع
- (٩) - خيار التغيرير الفعلي ويثبت للمشتري إذا ظهر أن البائع فعل في المبيع ما أوجب غش المشتري كربط أخلاف الدابة ليظهر ضرعها كبيرا
- (١٠) - خيار كشف الحقيقة ويثبت للبائع إذا باع بما في يد المشتري أو صندوقه أو منديله مثلاً
- (١١) - ظهور الخيانة في بيع المراجعة أو التولية أو الوضعية ويثبت للمشتري إذا علم أن البائع زاد على مقدار الثمن الذي كان اشترى به من قبل
- (١٢) - خيار فوات الوصف المرغوب فيه ويثبت للمشتري بعد التحقق من أن المبيع خال من الوصف الذي اشتراه لرغبته فيه
- (١٣) - خيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع قبل قبضه فيثبت للمشتري الحق في أخذ الباقي بما يقابله من الثمن أو تركه حسب التفصيل الآتي
- (١٤) - اجازة عقد الفضولي أو فسخه ويثبت للمالك إذا باع فضولي ملكه

(١٥) - ظهور أن المبيع رهون أو مستأجر وهو يثبت للمشتري حق فسخ العقد أو امضاءه

وجعلها ابن عابدين سبعة عشر خياراً بأن عدّ الخيانة في كل من المراجعة . والتولية . والوضيعة قسماً مستقلاً يوجب الخيار وقد أشرنا إليها نظماً في الآيات الآتية وهي :

شرط وعيب وتعيين ورؤيته	ما لم يره وفوات الوصف تغير
كشف الحقيقة تفريق لصفقته	والغن والنقد الاستحقاق تأجير
اجازة العقد رهن العين تولية	فيها الخيانة ربح فيه تزوير
خيار كمية قد جاء خاتمة	لسبع عشرة فيها صح تخيير

وسياتى بيان هذه الخيارات في محالها الخاصة بها ولكننا نبين الآن منها ما يمكن أن يوجد في كثير من العقود تماماً لمباحث العقود على العموم وهذه ثلاثة أنواع وهي : خيار الشرط . وخيار الرؤية . وخيار العيب

خيار الشرط

خيار الشرط هو أن يشترط المتعاقدان أو أحدهما لنفسه أو لغيره أن له الحق في امضاء العقد أو فسخه في المدة التي سيأتى بيانها . ويجوز أن يشترط الخيار في العقد أو بعده ولو بمدة يترضى المتعاقدان . ومن اشترطه لنفسه من كل من المتعاقدين يكون له الحق فيه دون غيره . أما من اشترطه لغيره فيكون له الحق فيه أيضاً لأنه مستفاد منه

سبب مشروعية خيار الشرط

سبب مشروعية خيار الشرط هو تمكن كل من المتعاقدين من التروي

والتأمل فيما فعله فإن كان في مصلحته أمضاه والا فسخه - ومشروعيته جاءت على خلاف القياس لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وإنما جاز استحسانا لما ذكر والدليل على جوازه أنَّ حَبَّانَ بْنَ مُسْقِدٍ الأَنْصَارِيَّ كَانَ يَغْبِي فِي الْبَيَاعَاتِ وَمَنْعَهُ أَهْلُهُ عَنْ مَبَاشَرَتِهَا حَرْصًا عَلَى مَالِهِ فَلَمْ يَسْتَطِعْ وَشَكَا ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَقَالَ لَهُ (إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وَلِيَّ الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) - الْخِلَابَةُ الْغَشُّ وَالتَّدْلِيْسُ - أَيْ أَنَّ الشَّرِيعَةَ الْغَرَاءُ بَرَاءٌ مِنَ الْغَشِّ وَالتَّدْلِيْسِ وَالْفَاشِيْنَ وَالْمُدْلِسِيْنَ فَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا)

ما يصح فيه خيار الشرط

يصح خيار الشرط في جميع العقود اللازمة التي تحتل الفسخ ويبطلها الهزل وهي : البيع - والاجارة . والمزارعة . والمساقاة . وقسمة القيميات . والصلح عن مال . والرهن . والكفالة . والحوالة . والخلع . وترك الشفعة بعد الطلبين الأولين . والاقالة . والأبراء . والوقف على رأى بعض الفقهاء - وغير هذه العقود لا يصح فيها خيار الشرط وهي جميع العقود والتصرفات التي لا تحتل الفسخ ولا يبطلها الهزل - وجميع العقود والتصرفات غير اللازمة من الجانبين . فالأولى هي : الزواج . والطلاق . والعناق . والصرف . والسلم . والاقرار . والثانية هي : الوكالة . والعارية . والقرض . والهبة . والوصية .

وانما صح الخيار في النوع الأول من العقود والتصرفات لأنه ثبت بالحديث المتقدم في خصوص المبيع وقد ألحق به الفقهاء ما كان في

منعاه من العقود اللازمة الواردة على الأعيان المالية أو على منافعها لاحتياجها الى التروى دفعا للضرر . بخلاف العقود والتصرفات التي تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل لأنها لا تكون الا لازمة ولو لم يقصد العاقد أو المتصرف حكمها فلا تنفسخ بالخيار بل يلغو ويصح العقد . وبخلاف غير اللازمة أصلا فانها يصح فسخها بدون خيار وبلا توقف على رضا العاقد الآخر فلا حاجة الى الخيار فيها

مدة الخيار

مدة خيار الشرط اما أن تكون مجهولة . أو معلومة . وان كانت معلومة فاما أن تكون ثلاثة أيام فأقل واما أن تكون أكثر منها فان كانت مدة الخيار مجهولة كما اذا قال البائع بعثك هذا الكتاب بكذا ولى الخيار أو ولى الخيار دائما أو ولى الخيار الى أن تمطر السماء أو نحو ذلك مما يُصَيَّر مدته مجهولة . وقال المشتري قبلت كان العقد فاسدا باتفاق سواء اشترط المشتري لنفسه الخيار أم لا وسواء كانت مدة خيار المشتري معلومة أم مجهولة . ومثل البائع في ذلك المشتري . وان كانت المدة معلومة ولم ترد عن ثلاثة أيام صح الخيار باتفاق سواء كان لكل من البائع والمشتري أم لأحدهما لمغيرهما وان كانت المدة أكثر من ثلاثة أيام ولكنها معلومة بأن يقول من يريد الخيار ولى الخيار أربعة أيام أو شهراً أو سنة أو نحو ذلك فان كان العقد عقد كفالة أو حوالة صح باتفاق وان كان وقفا صح أيضا على رأى من يبيح الخيار فيه وعللوا ذلك بأن هذه العقود والتصرفات

تحتاج الى مزيد التروى . أما غير هذه العقود والتصرفات ففي زيادة مدة الخيار فيها عن الأيام الثلاثة خلاف بين الامام وصاحبيه فالامام يقول بفساد العقود والتصرفات وبذلك قال زفر والامام الشافعى . وقال صاحبان بصحتها . واستدل من يقول بالفساد بحديث كعبان ابن مُنْقِذِ السابق لأن المدة فيه محددة بالأيام الثلاثة . وبما أخرجه الدَّارُ قُطْنِي عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الْخِيَارُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ » - واستدل صاحبان بأن الخيار انما شرع للتروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى أكثر من الأيام الثلاثة كالتأجيل في الثمن فانه جائز على خلاف القياس سواء كانت المدة قصيرة أم طويلة مادامت معلومة المقدار وبقولهما قال الامام أحمد رضى الله عنه لقوله عليه الصلاة والسلام (المسلمون عند شروطهم) . وقال الامام مالك اذا كان المبيع لا يبقى أكثر من يوم كبعض الأطلعة لا يزيد الخيار عن يوم وان كان المبيع ثميناً بحيث لا يعرف المشتري ان كانت المصلحة في أخذه أو تركه الا في أكثر من ثلاثة أيام جاز أن يشترط أكثر منها لأنه شرع للحاجة وهو وجيه - ورأى الامام هو المعتمد في المذهب الحنفى

ومع قول الامام بفساد العقود والتصرفات اذا زاد فيها خيار الشرط على ثلاثة أيام فانه يقول بأن العقد يتقلب صحيحاً اذا أجازته من له الخيار في ظرف الأيام الثلاثة لارتفاع المفسد قبل تقررده اذ المفسد انما هو الدخول في اليوم الرابع فاذا أسقط الدخول فيه بالاجازة فقد تحققت زوال المعنى المفسد قبل حجيته فيبقى العقد صحيحاً . وقال زفر

لا ينتقل صحيحاً وهو القياس وقول الامام هو المعتمد
وقد نص علماء الحنفية على أنه اذا اشترى شخص شيئاً يتسارع
اليه الفساد واشترط لنفسه الخيار الى ثلاثة أيام فان البائع يكون له
الحق في أن يطالب من المشتري اما أن يفسخ العقد قبل فساد المبيع أو
يأخذ المبيع عنده بدون أن يدفع شيئاً من الثمن حتى يحجز البيع أو يفسد
المبيع دفعاً للضرر

حكم محل العقد في مدة الخيار

حكم محل العقد في مدة الخيار أنه لا يخرج عن ملك صاحبه مادام
الخيار له. ويترتب على ذلك أنه لو كان محل العقد عقاراً مبيعاً بشرط الخيار
للبيع فلا تثبت فيه الشفعة الا بعد الاجازة أو انتهاء مدة الخيار وقد سبق ذلك
في سبب الأخذ بالشفعة وسيأتي زيادة بيان لهذا المبحث في كتاب البيع

اجازة العقود والتصرفات التي فيها الخيار أو فسخها

اجازة العقود والتصرفات التي فيها الخيار تكون بالقول وبالفعل.
فالاجازة القولية كأن يقول رضيت أو أجزت أو أمضيت العقد أو
أبطلت خيارى أو نحو ذلك . والاجازة الفعلية كأن يتصرف من له الخيار
فيما ملكه بالعقد تصرف الملاك في أملاكهم كأن يبيعه أو يؤجره أو
يهبه أو يرهنه أو يقفه أو نحو ذلك - ومتى أجاز من له الخيار بالقول أو
بالفعل لزم العقد سواء علم الآخر بالاجازة أم لا - واذا أجاز أحدهما
وفسخ الآخر انفسخ العقد لاني العقد المحاز قد يفسخ والمفسوخ لا يجاز

وإذا كان الخيار لغير أحد المتعاقدين وأجازه الأصيل وفسخه النائب أو بالعكس نفذ السابق منهما ان عليهما . وان لم يعلم السابق منهما أو كانا في وقت واحد فالقول المقتضى به أنه ينفذ الفسخ مطلقاً سواء صدر من الأصيل أم من نائبه لأنه أقوى من الاجازة اذ هو يلحقهما دون أن تلحقه . وقيل ينفذ تصرف الأصيل مطلقاً سواء كان فسخاً أم اجازة لأنه الأصل . والأول هو المعتمد

وفسخ العقود والتصرفات التي فيها الخيار يكون أيضاً بالقول وبالفعل - فالأول كأن يقول فسخت العقد أو أبطلته . ويشترط في الفسخ القولى علم الآخر بالفسخ فان لم يعلم حتى مضت مدة الخيار لزم العقد ولا يعتبر الفسخ - والثاني كأن يتصرف في ملكه الذى له فيه الخيار تصرف الملاك . ولا يشترط في الفسخ الفعلى علم العاقد الآخر

ما يسقط به الخيار

- يسقط الخيار بأحد الأسباب الآتية وهي :
- أولاً - بفسخ من له الخيار وحينئذ يبطل العقد
- ثانياً - بالاجازة في مدة الخيار
- ثالثاً - بمضي مدة الخيار بدون اجازة ولا فسخ سواء علم من له الخيار بمضيها أم لا لأن الخيار ثبت فيها فقط فلا بقاء له بعدها
- رابعاً - بموت من له الخيار فلا يورث عنه لأنه مجرد ارادة ومشئئة والارادات لا تورث - وقال الشافعى ومالك بأن هذا الخيار يورث
- وفي الأحوال الثلاثة الأخيرة يلزم العقد . ثم انه اذا كان الخيار

لكل من المتعاقدين ومات أحدهما في مدة الخيار لزم العقد من جهته
وبقي الآخر على خياره فإن أجازه جاز وإن فسخه انفسخ
وسياتى زيادة بيان لهذا الخيار في كتاب البيع

خيار الرؤية

خيار الرؤية هو عبارة عن ثبوت الحق للمشتري الذى اشترى شيئاً
لم يره فى أخذه أو تركه
من يثبت له الخيار

يثبت خيار الرؤية للمشتري دون البائع ومثل المشتري من يالحق
به كما سياتى والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام (مَنْ اشْتَرَى
مَا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ) وما روى من أن عثمان بن عفان باع أرضاً
لطلحة فقيلاً لعثمان أنك قد غبت فقال لى الخيار لانى بعت ما لم أره
وقيل لطلحة أنك قد غبت فقال لى الخيار لانى اشتريت ما لم أره .
فكهما بينهما جُبَيْرُ بْنُ مُطْعِمٍ فَقَضَى بِالْخِيَارِ اطَّاعَةً وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ
مِنَ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يَنْكَرْ عَلَى ذَلِكَ أَحَدٌ مِنْهُمْ فَاعْتَبِرَ أَجْمَاعًا - وقال الامام
الشافعى لا يصح العقد قبل الرؤية لجهالة العقود عليه - وقال الامام مالك
والامام أحمد وكثير من أصحاب الشافعى بالصحة

ما يثبت فيه خيار الرؤية وما لا يثبت

يثبت خيار الرؤية بدون شرط فيما يأتى :
أولاً - شراء الأعيان التى لا تثبت ديناً فى الذمة وهى القيميات .

أو المثليات المتعينة بالتعيين وقت العقد . فمن اشترى شيئاً منها قبل رؤيته ثم رآه كان له الخيار في أخذه بكل الثمن أو رده
 ثانياً - قسمة الأعيان القيمة لأنها مبادلة لاعتبار ان كل واحد من الشركاء قد اشترى نصيب غيره بنصيبه فإذا لم يكن رآه وقت القسمة أو بعدها كان له الخيار اذا رآه
 ثالثاً - الصلح عن مال على عين من الأعيان القيمة فإنه يكون للمصالح الخيار اذا لم يكن رأى العين قبل الصلح
 رابعاً - استئجار الأعيان المالية لأنه في معنى الشراء فمن استأجر شيئاً لم يره ثم رآه كان بالخيار بين امضاء العقد وفسخه
 ولا يثبت خيار الرؤية في غير ما ذكر من العقود والتصرفات سواء كانت تحتل الفساد أو لا تحتمله

مدة الخيار

رجح الفقهاء أن خيار الرؤية غير مؤقت بمدة معلومة لاطلاق المدة في حديث (من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه) فيشمل القليلة والكثيرة . وقال بعض الفقهاء يتوقت خيار الرؤية بالتمكن من الفسخ بعد الرؤية فلو تمكن منه ولم يفسخ بطل خياره حتى لا يتضرر البائع بطول مدة الخيار ولزم العقد على المشتري

ما يسقط به الخيار

يسقط خيار الرؤية بأحد الأسباب الآتية وهي :
 أولاً - بالاجازة الفعلية قبل الرؤية أو بعدها وذلك بالتصرف

في المبيع بالبيع . أو بالهبة والتسليم . أو بالوقف . أو بنحو ذلك مما يجعل للغير حقاً عليه

ثانياً - بالاجازة القولية بعد الرؤية لاقبلها كأن يقول رضيت ولا تعتبر اجازته القولية قبل الرؤية لأن الرؤية سبب في الخيار ولا يوجد المسبب قبل وجود السبب

ثالثاً - بفسخ العقد قبل الرؤية أو بعدها

رابعاً - بموت من له الخيار قبل الاجازة أو الفسخ وحينئذ يلزم العقد لأن هذا الخيار لا يورث لأنه مجرد ارادة ومشية الخيار الشرط . وقال الامامان الشافعي ومالك بأنه يورث . وسيأتي زيادة لهذا الخيار في كتاب البيع

خيار العيب

تعريف العيب

العيب معناه في اللغة ما تخلو عنه أصل الخلقة السليمة مما يعدّ به الشيء ناقصاً . ومعناه في الشرع ما ينقص القيمة عند التجار والأصل في الاشياء السلامة من العيوب فن اشترى شيئاً شراء مطلقاً أي لم يذكر فيه سلامة المعقود عليه من العيوب أو عدمها وجب أن يكون هذا المعقود عليه سليماً ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - انه اذا اشترى شخص حصاناً مثلاً بخمسين جنيهاً شراء مطلقاً وجب تسليمه سليماً من العيوب

ثانياً - اذا كان المبيع معيباً بعيب أو أكثر ولم يره المشتري ولكن البائع اشترط أنه برىء من كل عيب يظهر في المبيع صح الشرط ولزم العقد

ثالثاً - أنه لو كان في المبيع عيب أو أكثر قبل القبض ولم يره المشتري أو لم يعرفه قبل القبض أيضاً ولم يشترط البائع براءته من كل عيب يظهر في المبيع كان المشتري مخيراً بين أخذه بكل الثمن أو رده متى رأى العيب . وليس له أخذه والرجوع بما يقابل نقصان العيب من الثمن لأن السلامة من العيوب وصف مرغوب فيه والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن . وقال الامام أحمد له الرجوع بنقصان العيب مطلقاً

رابعاً - أنه لو حدث العيب بعد القبض لزم البيع لأن البائع تعلق حقه بالمبيع سليماً فلا يصح رده عليه معيباً الا اذا رضى بذلك

خامساً - أنه لو كان بالمبيع عيب قديم لم يره المشتري قبل القبض ثم حدث به عيب بعده لزم البيع ومتى رأى المشتري العيب كان له أن يرجع على البائع بما يقابل نقصان العيب القديم من الثمن ولكن على التفصيل الذي سيأتى في كتاب البيع

من ثبت له خيار العيب وما ثبت فيه

يثبت خيار العيب لمن ثبت له خيار الرؤية . ويثبت في العقود والتصرفات التي ثبت فيها هذا الخيار أيضاً بدون شرط في العقد لأن

سببه مجيء العقود عليه على خلاف الأصل أى ظهور عيب فيه إذاً أصل
السلامة من العيوب كما سبق

ما يسقط به الخيار

يسقط خيار العيب بأحد الأشياء الآتية وهى :
أولاً - برضا من له الخيار بالمبيع : صراحة كأن يقول رضيت أو
أخذت أو قبلت . أو دلالة كأنه يتصرف فيه بالمبيع . أو الهبة مع
التسليم . أو الوقف

ثانياً - بحدوث عيب فى المبيع عند المشتري إذا رضى البائع
به معيباً ولا يسقط بموت المشتري بل يورث عنه لأن حق مؤرثهم
تعلق بالمبيع سليماً فلا يجبرون على أخذه معيباً بل يثبت لهم ما كان ثابتاً
لمؤرثهم . والفرق بينه وبين خيار الشرط . والرؤية . أن العيب متعلق
بعين مالية ينقص قيمتها فيتضرر الورثة به والضرر يزال شرعاً ولا تمكن
إزالة الضرر عنهم إلا بمنحهم حق وراثته الخيار . وأما الخياران السابقان
فهما مجرد إرادة ومشية وهى من الصفات الشخصية التى لا تنتقل بالوراثة

الكلام على الخيارات قانوناً

الخيارات ليست من المباحث التى أفردتها القانون بالذكر بل جاءت ضمن
الكلام على العقود المعينة وقد سبق منها خيار التعيين ضمن أقسام التعهدات
والالتزامات تحت عنوان (التعهدات التخيرية) وسأتى بقية الخيارات قانوناً مفصلة
فى العقود المعينة